



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ


Volume 11 - nº 2 - Tomo I (A/I) - Jul./Dez. 2019



Elaborado no 2º Semestre 2019

REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 11 - nº2 - Tomo I (A/I) - Jul./Dez. 2019



Elaborado no 2º Semestre 2019

© 2019 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 2019

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL

Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade

SECRETÁRIA-GERAL

Lucia Frota Pestana de Aguiar

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

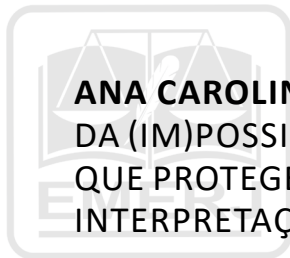
CONSELHO AVALIATIVO

- Mônica Cavalieri Fetzner Areal

- Nelson Carlos Tavares Junior



ADRIANA DE ORNELAS PAIVA APLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE ARBITRAGEM NO CONTRATO DE ADESÃO CONSUMERISTA.....	11
ALEX FRANKLIN PONTES SILVA A CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA EXECUÇÃO FISCAL TRI- BUTÁRIA E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDA- DE DO INTERESSE PÚBLICO	26
ALINE DANIELE BARBOSA ANDRADE O USO DE DRONES EM INCURSÕES POLICIAIS PODE SER VISTO COMO ELEMENTO ESTRATÉGICO DE SEGURANÇA PÚBLICA?.....	42
AMANDA DE ANDRADE CAPUTO TEJO A FUNCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS SOB A ÓTICA DAS COTAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	56
AMANDA DE CALAZANS CARMO SOTERO A INDISPENSABILIDADE DA INCIDÊNCIA DO FEMINICÍDIO COMO CIRCUNSTÂN- CIA QUALIFICADORA DO HOMICÍDIO: ASPECTOS PRÁTICOS	70
AMANDA FERNANDES LIMA A CONSTITUCIONALIDADE DA INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRI- MINOSAS	87
AMANDA FERREIRA DA SILVA AS MORTES DECORRENTES DE INTERVENÇÃO POLICIAL E OS LIMITES DA LEGÍTI- MA DEFESA À LUZ DAS PROPOSTAS DE ABATER CRIMINOSOS	101
AMANDA SOUZA LINHARES FAMÍLIA MULTIESPÉCIE: UMA ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À VISITAÇÃO	118



ANA CAROLINA DE CARVALHO TOLEDO

DA (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: DECISÃO PRECÁRIA QUE PROTEGE A SOCIEDADE; JUSTIFICA-SE PELA SENSACÃO DE IMPUNIDADE OU INTERPRETAÇÃO LEGIFERANTE DA SUPREMA CORTE? 133

ANA CLARA DE OLIVEIRA CELESTINO FARIA

O DIREITO À INDENIZAÇÃO DO CANDIDATO À CARGO PÚBLICO NOMEADO TARDIAMENTE: REGRA OU EXCEÇÃO? 148

ANA PAULA WYSLING FLOR

ANÁLISE DA OBRIGATORIEDADE DA COLETA DE MATERIAL GENÉTICO PARA CADASTRO EM BANCO DE DADOS DE CONDENADOS POR CRIMES DOLOSOS COM GRAVE VIOLÊNCIA OU HEDIONDOS 162

ANDRÉ DE ABREU SILVA

A EXTENSÃO E OS LIMITES DA PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NA JUSTIÇA NEGOCIAL PENAL 176

ANNA LUIZA PEREIRA LYRIO BARRETO

O DANO MORAL EM CASO DE ÓBITO DE PACIENTE DECORRENTE DE ERRO MÉDICO 192

ARTHUR SOUZA QUINTANILHA DA SILVA

A FORÇA VINCULANTE E A RELEVÂNCIA DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS NA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA SEGURANÇA JURÍDICA 207

AYRTON LAURINO NETTO

A VEDAÇÃO DO ART. 10, I DA LEI 9263/96 EM CONTRAPOSIÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 223

BALDOMERO CORTADA DE OLIVEIRA BELLO

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA FACE À AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS PARITÁRIOS 237

BÁRBARA CARNEIRO PAIVA

OS JOGOS DE VIDEO-GAME E A REPARAÇÃO POR DIREITOS AUTORAIS 254

BÁRBARA MARIA PINTO NASCIMENTO GOMES

ANÁLISE SOBRE O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E SUA APLICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... 268

BEATRIZ DE SOUZA GUERRA

A CONFIABILIDADE DO EXAME DE DNA NAS INVESTIGAÇÕES DE PATERNIDADE 284

BRUNA MOREIRA DA SILVA

INDENIZAÇÃO PUNITIVA: APLICABILIDADE E CRITÉRIOS DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 298



BRUNA PARENTE ARCE

LOTEAMENTO DE ACESSO CONTROLADO E CONDOMÍNIO DE LOTES: ALTERNATIVAS À REGULARIZAÇÃO DOS “LOTEAMENTOS FECHADOS” À LUZ DA LEI Nº 13.465/2017 313

CAIO MENDONÇA DE OLIVEIRA RODRIGUES

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JUDICIAIS: PRISÃO PREVENTIVA E POSTERIOR ABSOLVIÇÃO 330

CAMILA DE REZENDE GUERRA

O BIG DATA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE 345

CAMILA MOTTA DE OLIVEIRA LIMA

PARÂMETROS PARA A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS..... 361

CARLOS DONATO DE AZEVEDO FURTADO

A RESPONSABILIDADE DO COMPLIANCE OFFICER E A LEI DE COMBATE À CORRUPÇÃO..... 378

CAROLINA DE SOUZA SABINO

DA REGRESSÃO DE REGIME POR COMETIMENTO DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO DURANTE A EXECUÇÃO PENAL 392

CLARA DUARTE SILVESTRE CAVALCANTI LIMA

FURTO DE ENERGIA OU ESTELIONATO: A NECESSIDADE DE OBSERVAR O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA NO CASO CONCRETO FRENTE ÀS DIVERSAS MODALIDADES DE FRAUDES COTIDIANAMENTE CONSTATADAS..... 407

CLARISSE RIBEIRO PEIXOTO

TRIBUTAÇÃO VERDE: O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE E A EXTRAFISCALIDADE APLICADOS AO DIREITO TRIBUTÁRIO EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE 424

DIEGO RIBEIRO GUIMARÃES DA SILVA

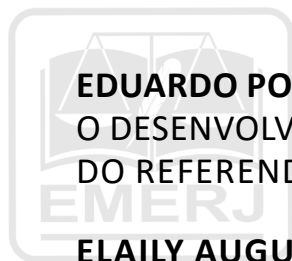
A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA COMPATIBILIDADE COM ILÍCITOS ECONÔMICO-FINANCEIROS..... 438

DIOGO FREITAS SOUZA DE MELO

INTEGRAÇÃO DAS POLÍCIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E MEDIDAS DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO 454

EDUARDO NOGUEIRA LOPES

A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO NA PREVENÇÃO DE NOVOS DESASTRES AMBIENTAIS: CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO COMO SOLUÇÃO? 468



EDUARDO PONCE DA COSTA

O DESENVOLVIMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA POR MEIO DO PLEBISCITO, DO REFERENDO E DA INICIATIVA POPULAR DE LEI 482

ELAILY AUGUSTA DE CARVALHO

DESARMAMENTO E A LIBERAÇÃO DA POSSE DE ARMAS NO BRASIL: EFETIVAÇÃO DA AUTODEFESA OU CONCORRÊNCIA AO AUMENTO DE HOMICÍDIOS À MÃO ARMADA? 497

ERIKA DE ALMEIDA VILLARINHO FURTADO ROCHA

COTAS UNIVERSITÁRIAS PARA PESSOAS TRANSGÊNERO..... 511

EWELLYM FIGUEIREDO DE SOUZA

EFEITOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS TRANSPORTADORAS EM EVENTO DE ROUBO DE CARGA 528

FÁBIO JOSÉ SILVA DE ASSIS

OS EFEITOS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE: PROBLEMATIZAÇÕES NA SUA APLICAÇÃO..... 543

FABIO NIEMEYER DE SOUZA

HABEAS CORPUS COLETIVO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF 558

FERNANDA CAROLINE PELISSER

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA, DA TEORIA DOS RESULTADOS E DA PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL 572

FERNANDA DE CARLI DA SILVA TOMÉ

ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA GESTAÇÃO-SUBROGADA: LIMITES E CONFLITOS NA CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE CESSÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO 588

FERNANDA DUARTE OLIVEIRA

A APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DIANTE A DIVULGAÇÃO DE FATOS PRETÉRITOS NO ÂMBITO CRIMINAL . 605

FLÁVIA BRUNO MACHADO CALHEIROS ESTEVES

O DESPEJO LIMINAR, A NECESSIDADE DE DEPÓSITO PRÉVIO E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA 619

FRANCISCO COSTA MATIAS DE CARVALHO FILHO

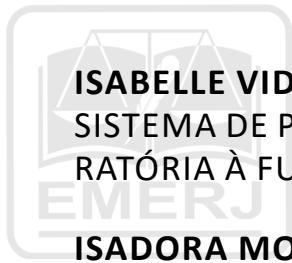
O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FRENTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A TEORIA DA DESLEGALIZAÇÃO 634

GABRIEL CUNHA DUTRA

ANÁLISE SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DA RESCISÃO DA COISA JULGADA EM RAZÃO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 648



GABRIELA CAROLINA MOURA DOURADO NECESSIDADE DO CONSENTIMENTO EXPRESSO DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO PARA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA.....	664
GABRIELA DE AZEVEDO CORREIA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, DIREITOS INDISPONÍVEIS E OS ENTRAVES À CONSENSUALIDADE	679
GABRIELA RIBEIRO FANTI NASSAR CRIME DE FURTO: A INSIGNIFICÂNCIA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	696
GABRIELLA DESIDERIO DE BRITTO POLÍTICAS PÚBLICAS, ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS E O ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL E PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	710
GIOVANNA TABEL ZANINI A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CLUBE DE FUTEBOL EM CASOS DE BRIGA ENTRE TORCIDAS	725
GISELA ALVES MAGALHÃES PINTO ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS À LUZ DA METODOLOGIA DO DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL.....	739
GISELE DE ALMEIDA BARRETO BELCHIOR CONDUTA SOCIAL E A IMPOSSIBILIDADE DA VALORAÇÃO NEGATIVA DO USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES NA DOSIMETRIA DA PENA	754
GISELLE RITA MARTINS FERREIRA A RESPONSABILIZAÇÃO PÓS-CONSUMO: O PAPEL DO CONSUMIDOR NA RESPON- SABILIDADE COMPARTILHADA NA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS.....	768
GIULIA RIBEIRO DE CASTRO MORSCHBACKER (I)LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	785
HANNA LYZZIE GOMES GIGLIO O USO DOS MÉTODOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO PELA FAZENDA PÚBLICA NOS JUI- ZADOS FAZENDÁRIOS E FEDERAIS NO CENÁRIO PÓS CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E LEI DE MEDIAÇÃO	801
INGRID CALDAS PEREIRA DE ALMEIDA BASTOS PLEA BARGAINING COMO INSTITUTO DE JUSTIÇA NEGOCIAL E SUA APLICABILI- DADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	818
ISABELLA DE CASTRO SILVA A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA INAPTIDÃO TEMPORÁRIA DE HOMENS HOMOS- SEXUAIS À DOAÇÃO DE SANGUE	834



ISABELLE VIDAL AIRES

SISTEMA DE PRECEDENTES: DA ATIVIDADE JURISDICIONAL MERAMENTE DECLARATÓRIA À FUNÇÃO CRIATIVA..... 849

ISADORA MOTA VALPORTO MORENO

FASHION LAW: ASPECTOS SOBRE A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DO DIREITO DA MODA NO BRASIL..... 864

IURI DE OLIVEIRA ARAUJO SOARES

A VIOLAÇÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE COMO FONTE SUFICIENTE CAPAZ DE GERAR REPARAÇÃO POR DANO MORAL AO CONSUMIDOR ENQUANTO VULNERÁVEL..... 878

IZADORA FERNANDES RIOS

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DA EDUCAÇÃO COMO FERRAMENTA DE REABILITAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI 893

APLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE ARBITRAGEM NO CONTRATO DE ADESÃO CONSUMERISTA

Adriana de Ornelas Paiva

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo – as cláusulas de arbitragem presentes no contrato de adesão consumerista, possuem uma certa discordância quanto a sua aplicabilidade. A arbitragem é um meio válido e eficaz de solver conflitos, inclusive no âmbito do direito do consumidor, entretanto, não é o meio mais utilizado pelos consumidores de maneira de geral. A essência do trabalho irá abordar se a arbitragem possui aplicabilidade no mundo dos fatos, analisando as previsões constantes no ordenamento jurídico e as previsões jurisprudenciais sobre o tema, além de fazer um paralelo entre o procedimento arbitral e o judiciário.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Arbitragem. Hipossuficiência do Consumidor.

Sumário – Introdução. 1. A arbitragem e o Código de Defesa do Consumidor. 2. Validade da cláusula arbitral nos contratos de adesão. 3. A eficácia da arbitragem na solução dos litígios consumeristas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a aplicabilidade da arbitragem nos contratos de adesão consumeristas. A pesquisa visa responder se tal cláusula é capaz de produzir efeitos práticos, se a arbitragem é um meio eficaz para solucionar os conflitos consumeristas.

É uníssono o entendimento doutrinário sobre o uso da arbitragem ser mais benéfico do que o uso do poder judiciário como meio de dirimir conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis. Contudo, quando tais conflitos envolvem direito do consumidor, em que pese se tratar de direito patrimonial disponível, sua aplicabilidade precisa ser desmistificada.

Assim sendo, o presente estudo irá expor se a previsão legal da arbitragem para solucionar litígios na esfera de direito do consumidor pode ser considerada como letra morta de lei, ou se há aplicabilidade prática de tais dispositivos legais.

No primeiro capítulo pretende-se analisar a vulnerabilidade do consumidor frente a arbitragem. Será abordada a dicotomia entre a proteção do consumidor objetivada pelo Código de Defesa do Consumidor, exposta pelo artigo 51, VII do referido diploma legal e a previsão da cláusula arbitral nos contratos de adesão consumerista no artigo 4º, §2º da lei n.º 9.307/96 – Lei de Arbitragem, além de analisar a ignorância do consumidor quanto ao procedimento arbitral.



Já no segundo capítulo pretende-se discutir a validade da cláusula compromissória de arbitragem nos contratos de adesão consumeristas. Para tanto, serão analisadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir a aplicabilidade da norma.

O terceiro capítulo pesquisa faz um comparativo entre as vantagens da arbitragem frente ao meio judicial mais utilizado nos conflitos consumeristas, o juizado especial cível. Avalia-se aplicação da arbitragem mundo real, fora do mundo dos fatos. Possui como objetivo apreciar se a cláusula de arbitragem constante nos contratos de adesão consumeristas é capaz de levar os conflitos a análise do juízo arbitral.

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 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. ARBITRAGEM E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A arbitragem consiste em um modo alternativo para solução de litígios, fora do âmbito estatal, em que um terceiro é escolhido para solver a lide, com os mesmos efeitos de uma decisão judicial. No Brasil, tal procedimento é regulamentado pela lei n.º 9.307/96 – Lei de Arbitragem¹.

Segundo Carlos Alberto Carmona², a arbitragem pode ser definida como “mecanismo privado de solução de litígios, através do qual, um terceiro escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes”.

O objetivo da arbitragem é oferecer soluções com mais agilidade e menos formalidades, o intuito é que seu uso seja benéfico em face a tradicional lide estatal. Por ser mais benéfico, conforme Elizabeth Almeida Abreu³, a arbitragem vem sendo o meio mais

¹BRASIL. *Lei 9.307/96*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 08 mar. 2019.

² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 31.

³ ABREU, Elizabeth Almeida. *Arbitragem de consumo no direito brasileiro*: Rio de Janeiro: COP Gráfica e Editora, 2015. p. 84.

utilizado para solucionar conflitos consumeristas em países como os Estados Unidos e Portugal, ao contrário do que acontece no Brasil.

Ocorre que no Brasil, embora a lei de arbitragem esteja em vigor há mais de vinte anos, o conhecimento sobre este procedimento é muito escasso, se encontra restrito a poucos segmentos da sociedade. O cidadão não relacionado ao mundo jurídico desconhece a existência do processo arbitral, suas vantagens e consequências.

Sendo assim, o consumidor brasileiro ao aderir a um contrato de adesão com cláusula arbitral, não tem noção do que está pactuando, por este motivo foi necessária a adequação da arbitragem à realidade jurídica brasileira, que se deu com a inclusão do inciso VII no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor⁴.

O Código de Defesa do Consumidor, como seu nome revela, possui por finalidade, a defesa dos interesses do consumidor, parte mais fraca da relação jurídica. Nas palavras de Elizabeth de Almeida Abreu⁵ “o CDC é uma lei protecionista. Suas normas são imperativo de ordem pública e interesse social, e a tutela dos consumidores deve prevalecer como mandamento constitucional”.

Assim, com base nos princípios supramencionados, a fim de assegurar maior proteção ao consumidor, o Código de Defesa do Consumidor⁶, declara que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que determinem a compulsoriedade do procedimento arbitral. Essa vedação deve ser analisada a luz da modalidade contratual utilizada na pactuação, o contrato de adesão.

De acordo com Carmona⁷, os contratos de adesão possuem as seguintes características:

Caracterizam-se os contratos de adesão pela desigualdade entre as partes contratantes: basicamente, uma das partes, o polícitante, impõe à outra – o oblato – as condições e cláusulas que previamente redigiu. Não existe, assim, discussão a respeito do teor do contrato e suas cláusulas, de modo que o oblatocinge-se a anuir à proposta do polícitante. Tais contratos supõem, antes de mais nada, a superioridade econômica de um dos contratantes, que fixa unilateralmente as cláusulas contratuais; o contratante economicamente mais fraco manifesta seu consentimento aceitando, pura e simplesmente, as condições gerais impostas pelo outro contratante; a proposta é, de regra, aberta a quem se interessar pela contratação; e a oferta é predeterminada, uniforme e rígida.

Os referidos contratos, caracterizados pela existência de condições gerais de contratação preestabelecidas pelo fornecedor, condições as quais o consumidor não tem poder

⁴BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 08 mar. 2019.

⁵ABREU, op. cit., nota 3, p. 78.

⁶BRASIL, op. cit., nota 4.

⁷CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 106.



de barganhar, apenas de aderir ou não, quando possuem a previsão contratual que determina a utilização da arbitragem como meio a ser utilizado para dirimir conflitos, pode ser confundida com a compulsoriedade da arbitragem, o que seria contrário ao exposto no CDC⁸, mas essa visão não merece prosperar.

A Lei de Arbitragem no seu §2º do seu artigo 4º⁹, estabelece que a cláusula compromissória no contrato de adesão será eficaz quando o consumidor optar por sua instituição, ou quando ele concordar expressamente com o procedimento arbitral. Essa concordância deveria ocorrer por escrito, podendo constar do próprio contrato, desde que em **negrito** e com visto próprio, ou constar de documento anexo, devidamente assinado.

A entrada em vigor da lei de arbitragem, ocasionou um debate doutrinário em torno de uma possível antinomia entre o disposto no artigo 51, VII do Código de Defesa do Consumidor¹⁰ e o artigo 4º, §2º da Lei de Arbitragem¹¹, não sustentada por doutrinadores como Carlos Alberto Carmona, José Antônio Fichetner e André Luís Monteiro, acompanhados pela maioria.

A arbitragem é regida pela consensualidade, o CDC¹² veda sua a compulsoriedade, considerando que a aquiescência da cláusula arbitral, consiste na renúncia a jurisdição estatal, e a lei de arbitragem prevê meios de aferir a vontade do consumidor, quando presente nos contratos de adesão consumeristas, ou seja, ambos os diplomas legais permanecem vigorando, cada qual com o seu escopo de aplicação. Ambas as normas entendem pela adoção da via arbitral pelo consumidor, desde que isso decorra de sua livre vontade.

Essa questão foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg nos EDcl no Ag n.º 1.101.015/Rj, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j.17.03.2001, Dje 23.03.2011,¹³ que entendeu pela coexistência de ambas as normas. A edição da lei de arbitragem não revogou a previsão do Código de Defesa do Consumidor¹⁴.

Entende-se pela legalidade da cláusula arbitral, mesmo que inserida nos contratos de adesão. A fim de assegurar a livre vontade do consumidor, a lei de arbitragem¹⁵ prevê que a cláusula que prevê o procedimento arbitral esteja por escrito no contrato, em **negrito**, com um

⁸BRASIL, op. cit., nota 4.

⁹BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 4.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 1.

¹²BRASIL, op. cit., nota 4.

¹³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EDcl no Ag n.º 1.101.015*. Relator. Min. Aldir Passarinho Junior. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802192870&dt_publicacao=23/03/2011> Acesso em: 16 out. 2019.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

visto próprio, ou em anexo, com o devido visto, autorizada também a hipótese de instauração pelo próprio consumidor.

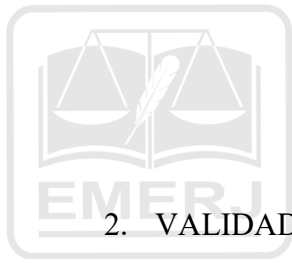
Essa posição, em que pese seja majoritária e apoiada por doutrinadores como Elizabeth Abreu, foi alvo de muitas críticas, considerando que o contrato em análise é o contrato de adesão. E por assim ser, não há como garantir que a aquiescência do consumidor, ainda que por escrito, em negrito, com o devido visto, ou em anexo com a devida assinatura, seja capaz de traduzir a livre vontade do consumidor necessária para a instauração do processo arbitral. Assim sendo, muitos consumidores pactuavam pela arbitragem sem nem mesmo ter noção de que estavam renunciando da jurisdição estatal, em face do processo arbitral.

Devida a incompreensão dos consumidores, diversas cláusulas compromissórias arbitrais tem sua validade questionada, pois ainda que realizadas de acordo com o trâmite legal, não são capazes de exprimir a livre vontade do consumidor, que é coagido a aceitar o que lhe fora imposto pelo contrato de adesão, o que levou o caso perante os tribunais superiores.

Cumprе ressaltar que o Código de Processo Civil ¹⁶vigente, determina a extinção do feito sem resolução do mérito, quando há cláusula compromissória arbitral no corpo do contrato ou em anexo, considerando que o pacto da referida cláusula exclui a apreciação da lide por parte do poder judiciário, o que obrigava os consumidores a fazer uso da arbitragem com meio de dirimir os seus conflitos, ainda que sem a sua livre manifestação de vontade.

Com isso, o consumidor, parte vulnerável da relação contratual, ao ter o seu direito lesado, quando buscava se socorrer do poder jurisdicional, como forma fazer cessar a lesão ao seu bem jurídico, era compulsoriamente submetido ao procedimento arbitral, pois havia pactuado na forma da lei consumerista e da lei de arbitragem, a cláusula arbitral no contrato de adesão consumerista. Por este motivo, superado o questionamento quanto a legalidade da cláusula arbitral, quando presente no contrato de adesão proveniente de uma relação de consumo, iniciou-se o questionamento quanto a validade da referida cláusula.

¹⁶BRASIL. *Lei n.º 13.105/2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 16 out. 2019.



2. VALIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL NOS CONTRATOS DE ADESÃO CONSUMERISTAS

Agindo em conformidade com o disposto no Código de Defesa do Consumidor¹⁷, com a Lei de Arbitragem¹⁸ e com o Código de Processo Civil¹⁹, os juízes de primeiro grau, ao se depararem com uma lide que tivesse por objeto contrato de adesão sobre relação de consumo, em que estivesse presente uma cláusula compromissória, extinguíam a ação judicial, sem a resolução do mérito, obrigando os consumidores a adotar o instituto da arbitragem, de acordo com as cláusula arbitral pactuada.

Tais decisões ocasionaram uma inquietação nos Tribunais Pátrios, que questionaram a validade na utilização da arbitragem quando constante nos contratos de adesão consumeristas, tendo em vista a vulnerabilidade jurídica que permeia a maioria da população brasileira, por haver vício na vontade do consumidor, ainda que a cláusula arbitral tivesse respeitado os ditames legais.

In casu, haveria uma grande possibilidade de que, mesmo que as cláusulas arbitrais fossem redigidas conforme previsão legal, houvesse vício na vontade do consumidor, face a natureza do contrato, acrescido a ausência de conhecimento jurídico por parte da maioria dos brasileiros, para saber o que é, de fato, a arbitragem.

Cumprе ressaltar que, quando se trata de contrato de adesão, o art. 46 do CDC²⁰ prevê claramente que os contratos provenientes das relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou ainda se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Desse dispositivo legal extrai-se a presunção de que o consumidor, como vulnerável frente ao fornecedor, sem condições de compreender e posicionar-se de maneira efetiva acerca de uma cláusula compromissória quando constante no instrumento a ser pactuado.

Uma das críticas ventiladas pela doutrina majoritária debate que a vulnerabilidade do consumidor, trazida no capítulo anterior, elimina a premissa de igualdade entre as partes envolvidas no procedimento arbitral, logo, se um dos polos é vulnerável, o procedimento, que necessita da vontade livre entre as partes, ao estar prevista em um contrato de adesão, resta prejudicado.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 16.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 4.

Deve ser considerado também o modo pelos quais tais contratos são celebrados, a velocidade em que ocorre uma operação de compra e venda, que por vezes impossibilita ao consumidor ler o contrato e, o impede de indagar o vendedor acerca das cláusulas, motivo pelo qual questiona-se a validade da vontade expressa pelo consumidor no contrato de adesão.

Dessa forma, não basta que o contrato seja redigido em termos claros, com informações precisas e caracteres ostensivos, para que a se efetive ausência de vício na vontade expressa no contrato, se as práticas contratuais e as práticas comerciais por si só lesam o consumidor.

A inquietação quanto a validade das cláusulas legitimadas pela lei e confirmadas pelos juízes, levou essa discussão ao Superior Tribunal de Justiça, que no julgamento do Recurso Especial nº 1.189.050²¹, decidiu que a cláusula de arbitragem prevista em contrato de adesão só seria válida se a iniciativa pelo compromisso arbitral partisse do próprio consumidor ou se esse, posteriormente, ratificasse a instauração do procedimento arbitral.

Assim, o acórdão proferido pelo Ministro Salomão²² fixou de maneira objetiva os pressupostos necessários à instituição da arbitragem nas relações de consumo, a fim de pacificar as divergências quanto a validade da cláusula em análise nos contratos de adesão de consumo.

Dessa decisão é possível extrair-se as seguintes conclusões:

- a) É válida a cláusula compromissória nos contratos de adesão consumeristas;
- b) Para haver a instituição do procedimento arbitral é necessário que o consumidor promova o início da arbitragem, ou aquiesça de maneira expressa com o início do procedimento arbitral;
- c) A propositura de demanda judicial pelo consumidor por si só será entendida como renúncia tácita à cláusula compromissória;

Com isso, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a divergência e decidiu pela validade do compromisso arbitral constante nos contratos de adesão de consumo, quando respeitados os requisitos supramencionados, que objetivam eliminar o vício na vontade do consumidor, que pode surgir por se tratar de um contrato de adesão.

O entendimento firmado pela colenda Corte de Justiça se harmoniza com a doutrina mais conciliadora e razoável, assim como a redação original do Projeto da Lei nº 13.129 de 2015, que previa requisitos semelhantes aos delimitados pela decisão em comento. Ocorre que

²¹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.189.050*. Relator: Des. Luiz Felipe Salmão. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1189050&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 16 out. 2019.

²² *Ibidem*.

houve veto presidencial obstaculizando a alteração do parágrafo segundo e a inclusão de um parágrafo terceiro no artigo 4º Lei de Arbitragem.²³

Se aprovado o projeto de lei na íntegra, sem o referido veto presidencial, o artigo 4º da LArb²⁴ restaria da seguinte forma:

§ 2º Nos contratos de adesão a cláusula compromissória só terá eficácia se for redigida em negrito ou em documento apartado.

§ 3º Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concordar, expressamente, com a sua instituição.

O veto presidencial pretendeu evitar a presença de lacunas acerca da instituição da arbitragem e se quando a cláusula compromissória fosse expressa e atendesse os requisitos para o contrato de adesão previstos na Lei de Arbitragem²⁵. Veja o teor do veto:

Da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. Com isso, autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor.

O §3º do artigo 4º do Projeto da Lei da Arbitragem condicionava a eficácia da cláusula compromissória a iniciativa por parte do consumidor, quanto a instituição da arbitragem, ou a sua concordância expressa, quando a iniciativa se desse por parte do fornecedor. Quanto a primeira hipótese, sempre houve unanimidade tanto na doutrina quanto na jurisprudência acerca dessa modalidade de instituição de arbitragem consumerista. Ocorre que quanto a segunda hipótese, há discussão, sendo certo que haveria ainda assim a possibilidade de afastar a cláusula arbitral pela via judicial.

Percebe-se que a redação original do Projeto da Lei nº 13.129 de 2015, em muito se assemelha com a decisão proferida no julgamento do Recurso Especial nº 1.189.050²⁶, sendo necessária a iniciativa do consumidor ou a sua concordância expressa com a instauração da arbitragem, a fim de garantir sua eficácia.

²³BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴Ibidem.

²⁵Ibidem.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 21.

A decisão proferida em sede de Recurso Especial objetivou dar efetividade às normas presentes da Larb²⁷ e no CDC,²⁸ a fim de sanar essa aparente antinomia, o referido acórdão procurou harmonizar as duas legislações, preservando tanto os objetivos da arbitragem e da lei do consumidor, buscando minimizar as desigualdades e maximizar o uso da arbitragem.

De acordo com o entendimento fixado pela jurisprudência, não é proibida a utilização da arbitragem nas relações de consumo, apenas é vedada a compulsoriedade da arbitragem. Sendo certo que os requisitos firmados no pelo Superior Tribunal de Justiça pretendem impedir que o consumidor, parte vulnerável, seja forçado a se submeter ao procedimento arbitral.

Sem que haja a iniciativa do consumidor ou a sua anuência, não há nenhuma obrigatoriedade quanto a submissão da lide a arbitragem, mesmo que a cláusula compromissória e o contrato sejam válidos. A arbitragem é uma faculdade do consumidor, que pode optar pelo poder jurisdicional, sendo a sua iniciativa em movimentar a máquina do poder judiciário considerada como renúncia tácita a via arbitral.

Nesse sentido, não restam dúvidas quanto a real possibilidade da arbitragem ser um instrumento utilizado a fim de dirimir conflitos provenientes dos contratos de adesão de consumo, contudo, é preciso analisar sua eficácia, sua aplicabilidade no dia a dia do consumidor.

Em que pese o meio jurídico entenda pela legalidade e pela validade da cláusula arbitral quando presente em contrato de adesão consumerista, a possibilidade dessa cláusula produzir seus efeitos fora do mundo direito e ter uma aplicabilidade no mundo dos fatos ainda causa dúvidas.

3. A EFICÁCIA DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS CONSUMERISTAS

Entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral, não se pode eleger uma jurisdição em detrimento de outra como forma mais vantajosa de solver conflitos. A jurisdição deve ser eleita de acordo com caso em análise, frente as vantagens e desvantagens oferecidas para cada conflito existente.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁸BRASIL, op. cit., nota 4.



Algumas vantagens gerais podem ser listadas de acordo com Joel Figueira Jr.²⁹, acerca da jurisdição arbitral:

[...] a arbitragem é mais simples e objetiva, e os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área sobre a qual recai o objeto litigioso, e, via de regra, do mais alto quilate científico e respeitabilidade. Esses atributos conferem as partes um julgamento mais seguro e rápido, sobretudo se confrontado com os atropelos verificados na jurisdição pública. [...] a rapidez na prestação da tutela jurisdicional privada perseguida decorre de dois outros fatores, quais sejam, a irrecorribilidade das decisões arbitrais (interlocutória ou sentença arbitral) e inexistência de homologação da sentença pelo Poder Judiciário. [...] ficam as partes absolutamente para definir se a decisão arbitral será fundada em equidade ou em direito e, neste último caso, quais as regras irão nortear o julgamento dos árbitros. [...] a sentença arbitral é sempre proferida em prazo definido previamente pelas partes e, nada sendo convencionado, em até seis meses a contar da data da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. [...] se houver alguma violação ao devido processo legal (garantia constitucional), o interessado poderá socorrer-se do Poder Judiciário para anulação da arbitragem ou declaração de ineficácia da cláusula compromissória.

Ainda assim, a arbitragem não tem sido muito utilizada como meio de dirimir conflitos decorrentes das relações de consumo. Existem diversos motivos que dificultam a ampla utilização da arbitragem nos conflitos de âmbito consumeristas, muitos fatores impedem que os litígios de consumo sejam resolvidos pelo procedimento arbitral, privando os consumidores de suas benesses e soterrando o sistema judiciário com demandas simples que não necessitavam estar sendo dirimidas pelo sistema judiciário.

Um dos fatores que podem ser listados como causa para a inaplicabilidade da arbitragem nos conflitos de consumo é a falta de informação por parte do consumidor, o consumidor de maneira geral, desconhece maneiras diversas do judiciário para a resolução de suas pendências e com isso, a maior parte das discussões acaba passando pelo sistema judiciário.

Nunca houve uma ampla e transparente discussão sobre a Lei de Arbitragem³⁰, fazendo com que a referida lei que se encontra em vigor há mais de duas décadas, seja desconhecida pela maioria da sociedade. As informações sobre o procedimento arbitral, suas vantagens e consequências jurídicas, se encontra restrita a determinados segmentos da sociedade, o que somado aos demais fatores discutidos nesse capítulo justificam o pouco uso do procedimento arbitral pelos consumidores.

Além do desconhecimento populacional acerca do procedimento arbitral, deve-se acrescer o fato do conflito quando submetido a arbitragem é decidido por um árbitro, em contrapartida, quando submetido ao judiciário, é decidido por um juiz, figura amplamente respeitada e conhecida pelo seu amplo saber jurídico e imparcialidade.

²⁹FIGUEIRA JR., Joel Figueira. *Arbitragem*. Rio de Janeiro, 3 ed., 2019. p. 135-136.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

Assim, pode-se identificar uma outra barreira, que justifica o pouco uso da arbitragem, qual seja, a confiabilidade do árbitro, figura desconhecida pelo homem médio, que associa a palavra imediatamente ao esporte e quase nunca a figura de autoridade capaz de resolver uma demanda.

Ademais, muitos contratos de adesão consumeristas já possuem em sua redação a cláusula compromissória, com a indicação da Câmara de arbitragem e por vezes, a indicação dos árbitros que irão solucionar o conflito, o que corrobora a suspeita sobre a parcialidade das decisões. Tal prática tem sido habitual nos contratos de incorporação imobiliária, o incorporador ao vender inúmeras unidades imobiliárias, produz contratos de compra e venda em massa com a previsão de câmaras arbitrais e árbitros específicos para solver as possíveis demandas, o que induz um resultado favorável ao incorporador.

A prática acima descrita impede que seja produzido um resultado justo. Para haver confiabilidade na arbitragem, o árbitro tem que ser independente e imparcial, o que nitidamente não ocorre na hipótese acima descrita, pois há um claro interesse financeiro do árbitro e da câmara arbitral. A eleição da câmara arbitral e a escolha dos árbitros tem que ser realizada de maneira conjunta pelos litigantes, tem que haver confiança das partes, o que não ocorre se já houver sua previsão em contrato de adesão.

Outra razão que dificulta a procura do procedimento arbitral pelos consumidores é o microsistema dos Juizados Especiais.³¹ Os Juizados são pautados nos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia e celeridade, buscando sempre a conciliação. Esse sistema foi criado a fim de incentivar o acesso judicial, estimular que a parte lesada busque pela solução justa dos seus conflitos, o que a longo prazo está sobrecarregando e banalizando o poder judiciário.

Além da celeridade e desburocratização, por não ser necessária a judicialização do conflito, os Juizados permitem, nas causas de valor até 20 salários mínimos, que as partes envolvidas compareçam pessoalmente, podendo ou não ser assistidas por um advogado, conforme dispõe o artigo 9º da Lei dos Juizados Especiais³². Somente nas causas de valor superior a assistência de profissional da advocacia torna-se obrigatória.

Assim, o meio mais utilizado para solucionar os conflitos de consumo, é o poder judiciário, em especial os juizados especiais. Considerando essa série de atrativos legais oferecidos a fim de garantir o acesso a justiça por parte dos consumidores, a grande maioria

³¹BRASIL, *Lei 9.099/95*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm\.> Acesso em: 16 out. 2019.

³² *Ibidem*



dos problemas de consumo é resolvida pelos Juizados Especiais Cíveis, nos termos da Lei 9.099/95³³.

Um dos fatores que desencoraja o uso da arbitragem por parte dos consumidores é o seu alto custo. Os custos de um procedimento arbitral privado são incompatíveis com as relações de consumo. Enquanto as soluções de litígios nos moldes do artigo 54 da lei n.º 9.099/95 que regulamenta os Juizados Especiais,³⁴ se dão de maneira gratuita, há um alto custo financeiro embutido a escolha do juízo arbitral, o que esvazia a arbitragem como meio capaz de resolver demandas consumeristas.

Com a instituição dos Juizados especiais, as pessoas que não tinham condições de arcar com as despesas processuais anteriormente, viram uma possibilidade de proteger seus direitos de forma econômica, célere e efetiva.

De maneira oposta, a arbitragem com base na tabela de custas da 8ª Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem³⁵, possui o valor mínimo de R\$. 1.340,00 (hum mil, trezentos e quarenta reais), valor este que pode variar de acordo com o valor da causa, tomando por base apenas um único árbitro, sendo certo que o litígio arbitral pode ter mais árbitros, desde que em números ímpares, o que aumenta o custo da demanda.

Esse ônus excessivo, além de dificultar o uso da arbitragem, por vezes, inviabiliza o seu uso, pois superam o valor do objeto da reclamação. Tais custos geram um cerceamento de defesa do consumidor, parte hipossuficiente que já fora lesada pelo fornecedor, se vê mais uma vez lesada.

Em países da Europa, como Portugal, esse problema inexistente, conforme esclarece Elizabeth Almeida³⁶, uma vez que a arbitragem de consumo, via de regra, é gratuita, o que fomenta o seu uso pela sociedade.

Esse conjunto de fatores desestimula e muito a procura pelo procedimento arbitral por parte dos consumidores. O número de arbitragens relacionadas a direito do consumidor representa apenas cinco por cento dos procedimentos anualmente instaurados junto a 8ª Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem³⁷, enquanto no sistema judiciário, ocorre o inverso. As demandas de consumo representam mais da metade dos processos ajuizados anualmente.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

³⁵ BRASIL, 8ª Câmara Arbitral. [Mensagem eletrônica enviada por arbitrorobertosoares@gmail.com em solicitação a adri_ana_ornelas@hotmail.com].

³⁶ ABREU, op. cit., p. 80.

³⁷ Ibidem.

Outro ponto muito criticado acerca da arbitragem no ordenamento jurídico pátrio é a ausência de participação e fiscalização estatal. A arbitragem de consumo no Brasil é um instituto completamente privado, o que gera alguns receios quanto ao seu uso a fim de reduzir os direitos conquistados pelo consumidor com a criação do Código de Defesa do Consumidor³⁸, que tem que demonstrado muito eficaz em resguardar os direitos do consumidor, que na maioria das vezes é a parte vulnerável da relação de consumo.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a aplicabilidade da cláusula de arbitragem no contrato de adesão consumerista, melhor dizendo, a abaixo aplicada da referida cláusula. O presente trabalho analisou as cláusulas de arbitragem presente nos contratos de adesão consumeristas, verificando se estas, ainda que válidas, de acordo com a lei, são capazes de produzir efeitos práticos, se a arbitragem está sendo usada para solucionar os conflitos consumeristas.

O procedimento arbitral é o meio maior eficácia, por ser célere e menos burocrático quando comparado ao sistema judicial, com isso, era esperado que esta fosse o meio mais utilizado, o que não ocorre, conforme restou comprovado no presente trabalho, pois não é o meio que possui maior efetividade. Sendo certo que a eficácia é a produção de efeitos no mundo jurídico, enquanto a efetividade é a produção de efeitos no mundo social.

Verificou-se que a cláusula arbitral ainda que prevista no contrato de adesão consumerista, é considerada válida, desde que cumpra os requisitos previstos na lei. A cláusula de arbitragem quando prevista por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula, é válida e apta a instaurar um procedimento arbitral.

Em sentido oposto, considerando o consumidor como vulnerável, este não possui condições de compreender e posicionar-se de maneira efetiva acerca de uma cláusula compromissória, o que impossibilitaria a vinculação do consumidor ao contrato de adesão, e assim, a cláusula arbitral, ainda que esta fosse redigida conforme determinação legal.

Assim, a presente pesquisa destrinchou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e de alguns Tribunais Superiores locais, a fim de concluir sobre a validade ou invalidade da cláusula arbitral. Conclui-se que a referida cláusula apenas vincula o

³⁸BRASIL, op. cit., nota 4.



consumidor quando este manifestar o interesse em instaurar o procedimento arbitral, ou, na hipótese do procedimento ser instaurado pelo fornecedor, só será válido se o consumidor não se opor.

Superadas as divergências sobre a possibilidade do uso da arbitragem para dirimir conflitos consumeristas, foram identificados os fundamentos que justificam o pouco uso da arbitragem, qual seja, o microssistema dos juizados especiais cíveis, acrescido a pouca divulgação da arbitragem, que culminam na incapacidade de levar os conflitos consumeristas ao juízo arbitral.

O principal argumento identificado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, seria a gratuidade do procedimento arbitral consumerista, o que fomentaria o seu uso pela população em geral, acrescido a ampla divulgação e incentivo populacional, o que retiraria a arbitragem de uma esfera limitada da sociedade e levaria ao amplo conhecimento popular.

Assim, conclui-se com a pesquisa realizada que a cláusula arbitral quando prevista no contrato de adesão consumerista, ainda que redigida conforme previsão legal, não é capaz de produzir efeitos modificando a realidade fática. Ou seja, a norma que prevê o uso da arbitragem para solucionar conflitos consumeristas, embora seja uma norma vigente e válida, não possui aplicabilidade, pois não produz efeitos no mundo dos fatos, apenas no mundo jurídico, quanto a área consumerista.

REFERÊNCIAS

ABREU, Elizabeth Almeida. *Arbitragem de consumo no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: COP Gráfica e Editora, 2015.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 08 mar. 2019.

_____. *Lei nº 9.301/96*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 08 mar. 2019.

_____. *Lei nº 13.105/2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm> Acesso em: 16 out. 2019.

_____. *Lei nº 9.099/95*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 16 out. 2019.



_____. *8ª Câmara Arbitral*. [Mensagem eletrônica enviada por arbitroroberto soares@gmail.com em solicitação a adri_ana_ornelas@hotmail.com].

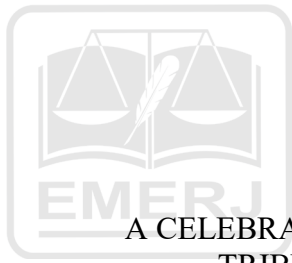
CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96.3 ed.*, São Paulo: Atlas, 2009.

FIGUEIRA JR., Joel. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2019.

ROCHA, José de Albuquerque. *A lei de arbitragem: uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.

TURA, Adevanir. *Arbitragem nacional e internacional*. 2. ed. São Paulo: Distribuidor, 2012



A CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NA EXECUÇÃO FISCAL TRIBUTÁRIA E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Alex Franklin Pontes Silva

Graduado pela Universidade Cândido Mendes
Bacharel em Direito

Resumo – O Código de Processo Civil incentiva a adoção de métodos alternativos à solução dos conflitos. Nesse contexto, a realização de negócios jurídicos processuais surge como forma de abreviação de processos judiciais pelo consentimento espontâneo entre os litigantes. Este artigo discute a possibilidade de emprego do negócio jurídico processual pela Fazenda Pública, como instrumento de efetividade na satisfação de créditos de natureza tributária sujeitos à execução fiscal. Mais precisamente, este trabalho avalia teoricamente a aplicabilidade do instituto processual civil no âmbito dos litígios de natureza tributária - em contraposição ao princípio da indisponibilidade do interesse público - e a potencial influência da implementação dessa prática de solução negocial na redução dos prazos de duração dos processos de execução fiscal.

Palavras-chave – Direito Tributário. Execução fiscal tributária. Indisponibilidade do interesse público. Negócios jurídicos processuais.

Sumário – Introdução. 1. Negócios jurídicos processuais em sede de execução fiscal: ponderação dos princípios da indisponibilidade do interesse público e do princípio da eficiência. 2. Viabilidade dos negócios jurídicos processuais em sede de execução fiscal tributária perante o ordenamento jurídico pátrio. 3. Possibilidade teórica de obtenção de maior eficiência na recuperação de receitas tributárias, pela via judicial, mediante celebração de negócios jurídicos processuais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Para poder funcionar e cumprir seus fins, o Estado necessita se estruturar e desenvolver atividades financeiras, arrecadando recursos para os dispêndios exigidos para sua existência e seu funcionamento, com o objetivo principal de atender ao interesse público.

Este artigo propõe discutir aspectos controvertidos relacionados à possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais nas execuções fiscais de natureza tributária, visando a aferir a compatibilidade desse instituto processual com o princípio da indisponibilidade do interesse público.

O negócio jurídico processual, consolidado pelo Código de Processo Civil (CPC) vigente, é um instituto que permite às partes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

O instituto revela um dos princípios basilares do CPC, o da cooperação entre os sujeitos do processo, impondo às partes o dever de apoio entre si e para com o juiz, a fim de se obter decisões de mérito justas, céleres e efetivas.

No Brasil, execução fiscal é a denominação atribuída ao procedimento especial em que a Fazenda Pública exige judicialmente de seus contribuintes inadimplentes os créditos que lhe são devidos.

Notadamente, o volume de processos judiciais em tramitação no País, de maneira geral, resulta na impossibilidade de se oferecer uma prestação jurisdicional que atenda, minimamente, aos legítimos anseios das partes neles envolvidas. Inserido nesse cenário, o processo de execução fiscal mostra-se marcadamente e ineficiente.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário.

Levantamentos estatísticos mostram que no ano de 2018 foram registrados mais de 78 milhões de processos em tramitação, sendo que mais da metade deles (54,2%) são processos categorizados como "fase de execução".

As execuções fiscais representariam 73% dessa categoria, 39% do total de casos pendentes e em tramitação - algo perto de 31 milhões de processos, com taxa de congestionamento de 90%, se considerado somente o volume de processos tramitados naquele ano. O que significa dizer que de cada cem processos de execução fiscal tramitados em 2018, somente dez foram baixados.

A título comparativo, oportuno destacar que, em 2018, a taxa geral de congestionamento do Poder Judiciário foi de 67%.

O executivo fiscal chega a juízo depois frustradas as tentativas de recuperação do crédito tributário pelas vias administrativas, ocasionando a inscrição do débito na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional. Como consequência, acabam chegando ao Judiciário títulos de dívidas antigas e com menor probabilidade de recuperação.

O cenário permite concluir pela relevância de práticas que levem à maior efetividade dos processos de execução envolvendo a Fazenda Pública.

Como forma de mitigar a ineficiência na cobrança judicial de créditos tributários e de proporcionar maior efetividade na arrecadação, levanta-se questão sobre a possibilidade de aplicação da cláusula de negociação processual nas lides que envolvem a Fazenda Pública em



matéria tributária, diante do princípio da indisponibilidade do interesse público, eis que sendo este qualificado como próprio da coletividade, não se encontraria à livre disposição.

Por meio da pesquisa, buscou-se discutir a relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público em face do princípio da eficiência, com vistas ao aperfeiçoamento da execução fiscal, mediante a utilização de mecanismo jurídico capaz de, ao menos em tese, possibilitar o aumento da eficiência da cobrança dos créditos tributários sujeitos à execução.

Os resultados da pesquisa são apresentados em três capítulos. No primeiro capítulo, visando a detectar eventuais conflitos entre os princípios da indisponibilidade do interesse público e do princípio da eficiência, associados à execução fiscal tributária no âmbito do Direito brasileiro, são apresentados esses princípios e ponderada sua compatibilidade com a celebração de negócios jurídicos processuais em sede de execução fiscal de natureza tributária.

No capítulo seguinte, é avaliado se os negócios jurídicos processuais em sede de execução fiscal de natureza tributária guardam compatibilidade com o ordenamento pátrio, como forma de aferir a eventual existência de barreiras normativas à sua celebração.

No último capítulo é realizada uma análise teórica sobre os potenciais benefícios para a Fazenda Pública advindos da prática processual, como forma de avaliar a possibilidade de obtenção de maior eficiência na arrecadação de receitas tributárias, pela via judicial, mediante celebração de negócios jurídicos processuais.

Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, mediante abordagem qualitativa, por meio do levantamento de referências teóricas publicadas em livros e artigos científicos.

Também foram estudados fundamentos jurídicos que possibilitaram a discussão acerca da ponderação dos princípios da indisponibilidade do interesse público e do princípio da eficiência, relativamente à aplicação de negócios jurídicos processuais nos processos de execução fiscal de natureza tributária.

Utilizando-se o método dialético, procedeu-se a uma análise visando a contribuir com o avanço nos estudos acerca das polêmicas que envolvem a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual na execução fiscal.

1. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL: PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Os princípios administrativos estão dispostos de maneira implícita ou explícita em diversos dispositivos normativos. Conforme ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo¹, seriam ideias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, o que possibilitaria uma adequada compreensão de sua estrutura. Assim, os princípios determinariam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa.

O princípio constitucional da eficiência administrativa é uma norma expressa que consta no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988². Seu conteúdo é amplo, podendo ser entendido, segundo Alexandre de Moraes³, como:

[...] aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum.

Com base no princípio da eficiência, é possível inferir que se torna imprescindível a adoção de práticas que permitam maior qualificação da gestão, incluindo-se nesta a arrecadação dos tributos.

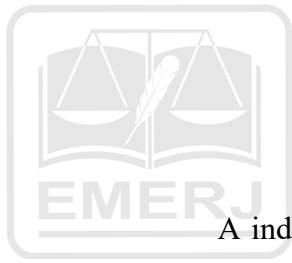
No que se refere ao princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo Alexandrino e Paulo⁴, veda-se ao administrador quaisquer atos que impliquem renúncia a direitos do Poder Público ou que injustificadamente onerem a sociedade.

¹ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 183.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

³MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 317.

⁴ALEXANDRINO; PAULO, op. cit., p. 184.



A indisponibilidade dos bens e dos interesses públicos se justificaria, na medida em que eles não pertencem à Administração. Cabe-lhe tão somente geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, que é a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos⁵.

O atual Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 190, dispõe sobre a chamada cláusula geral de negócios processuais, estabelecendo a possibilidade de, nas causas que versem sobre direitos que admitam autocomposição, poderem as partes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Ou seja, conforme afirma Alexandre Freitas Câmara⁶, trata-se de uma afirmação genérica da possibilidade de que as partes, dentro de determinados limites fixados pela própria lei, celebrem negócios por meio dos quais dispõem de duas posições processuais. Segundo o autor, o instituto revela um dos princípios basilares do CPC, o da cooperação entre os sujeitos do processo, impondo às partes o dever de apoio entre si e para com o juiz, a fim de se obter decisões de mérito justas, céleres e efetivas.

É possível extrair do art. 190 do CPC que há limitação à validade dos negócios processuais, restringindo-a às causas que tenham como base direitos que admitam autocomposição.

A reflexão sobre a norma contida no dispositivo pode eventualmente levar ao entendimento de não haver a possibilidade de a Fazenda Pública firmar negócios jurídicos processuais no âmbito da execução fiscal tributária, sob a perspectiva de que a indisponibilidade do interesse público não autorizaria a submissão à solução consensual dos conflitos ou a celebração de convenções processuais. Em outras palavras, a indisponibilidade do interesse público impediria a Fazenda Pública de participar de autocomposição.

Entretanto, conforme ensina Câmara⁷, a lei não se refere a direitos disponíveis, mas àqueles que admitem autocomposição, explicando que existem casos que, inobstante a indisponibilidade do direito material, existem aspectos que podem admitir autocomposição.

De fato, corroborando essa possibilidade, prevê o art. 174 do CPC que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

⁵Ibidem.

⁶CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 125.

⁷Idem. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p.126.

A compreensão nesse sentido tem sido consolidada em diversos fóruns dedicados a debater o CPC.

Segundo o Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)⁸, “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”, levando à conclusão de que pode a Fazenda Pública se submeter à audiência prévia de autocomposição e, do mesmo modo, firmar negócios jurídicos processuais.

Por sua vez, o Enunciado nº 256 do FPPC dispõe que “a Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”.

Na mesma linha de raciocínio, o Enunciado nº 9 do I Fórum Nacional do Poder Público⁹ dita que “a cláusula geral de negócio processual é aplicável à execução fiscal”.

Assim, verifica-se que a celebração de negócios jurídicos processuais tem sede quando possível a disposição sobre direito material e que a tutela do interesse público indisponível não representa, isoladamente, impasse à sua realização pela Fazenda Pública.

Nesse sentido, assevera Pedro Henrique Nogueira¹⁰ que a indisponibilidade do interesse público não é, em tese, impedimento aos negócios jurídicos processuais, inclusive por ser possível a celebração que fortaleça as situações jurídicas processuais do ente público.

2. VIABILIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL TRIBUTÁRIA PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Dentre as inovações do Código de Processo Civil de 2015 figuram os ideais de cooperação (art. 6º) e da boa-fé (art. 5º), segundo Theodoro Júnior et al¹¹, com o objetivo de se obter, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Conforme já mencionado, a cláusula geral dos negócios jurídicos processuais consta do art. 190 do CPC, de forma que é conferido às partes o poder de regular ou modificar o

⁸INSTITUTO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁹SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL. *I Fórum Nacional do Poder Público*. Disponível em: <<https://www.sinprofaz.org.br/pdfs/enunciados-aprovados.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

¹⁰NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 233.

¹¹THEODORO JÚNIOR et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 82 e p. 183.

procedimento, ajustando-o às particularidades do caso, isto é, por meio de um negócio, as partes podem modificar detalhes do procedimento.

Além de ajustar o procedimento, as partes podem negociar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

A celebração de negócios jurídicos processuais exige concessões recíprocas, devendo as partes estarem dispostas a ceder parte de seus pedidos. Assim, estando o réu disposto a satisfazer parcialmente a pretensão do autor, este renuncia a impô-la por inteiro.

Restaria saber, no contexto das transações envolvendo a Fazenda Pública, se os resultados da arrecadação tributária, uma vez que são bens da Administração Pública, então gravados de inalienabilidade, estariam legalmente suscetíveis a essas práticas negociais, mormente quando envolveram renúncia a créditos tributários.

Como bem ensina Eduardo Talamini¹², a indisponibilidade do interesse público é decorrente do princípio republicano. Sendo públicos os bens, pertencem a todos e a cada um dos cidadãos, de maneira que a nenhum agente público é dado desfazer-se deles a seu bel-prazer, como se estivesse dispondo de um bem seu particular.

Notadamente, a eventual renúncia de crédito tributário assemelha-se às hipóteses do art. 172 do Código Tributário Nacional (CTN)¹³, segundo o qual pode a lei autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo à situação econômica do sujeito passivo; ao erro ou ignorância escusáveis do sujeito passivo, quanto a matéria de fato; à diminuta importância do crédito tributário; a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso; a condições peculiares a determinada região do território da entidade tributante.

Conforme já visto no capítulo anterior, parece prevalecer a existência de uma tendência autorizativa da Fazenda Pública fazer uso de negócios processuais em prol da prestação jurisdicional mais célere e adequada, o que não afasta a necessidade de identificar eventuais barreiras normativas ao emprego do instituto, mormente quando importar em concessões por parte da Fazenda Pública na esfera tributária.

¹²TALAMINI, Eduardo. *Indisponibilidade do interesse público: consequências processuais*. Disponível em: <http://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_p%C3%BAblico_consequ%C3%A2ncias_processuais_2005_>. Acesso: 11 mar. 2019.

¹³BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

Leonardo Cunha¹⁴ defende que, à Fazenda Pública, como parte em processo judicial, é franqueada a possibilidade de praticar atos negociais no processo, inexistindo vedação legal à celebração de negócios processuais pela Fazenda Pública. Para o autor, se o advogado público possui poder para praticar atos processuais, pode então celebrar negócios jurídicos processuais.

Já para Flavio Tartuce¹⁵, a Fazenda Pública não poderia avençar negócios jurídicos processuais. Isso porque, segundo o autor, o art. 190 do CPC, dispõe que só pode haver negociação processual naqueles feitos que versem sobre direitos que admitam autocomposição.

Contemporizando, José Roberto Fernandes Teixeira¹⁶ pontua que a Fazenda Pública não poderia celebrar negócio processual caso houvesse ofensa ao interesse público, estando livre para sua celebração quando se destinar a obter um melhor desenvolvimento do processo.

Como se percebe, esse tema parece estar longe de pacificação pela doutrina. Não sendo poucas as questões que ainda merecem reflexão, mormente por não haver jurisprudência dominante relativamente à viabilidade jurídica de celebração dos negócios jurídicos processuais em sede de execução fiscal em matéria tributária.

Quanto à viabilidade prática do emprego do instituto pela Fazenda Pública, tem-se que a Administração Pública instrumentaliza suas manifestações por meio de atos que, respeitados os limites da lei, gozam de uma série de prerrogativas outorgadas pelo Direito Público.

Ao se referir à legalidade como princípio da administração pública, Hely Lopes Meirelles¹⁷ afirma que, em toda sua atividade funcional, o administrador público está sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido. O autor leciona ainda que:

a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de

¹⁴CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: *Negócios processuais*. CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Salvador: JusPodivm, 2015, p. 42.

¹⁵TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2015, p. 115.

¹⁶TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio. *Coleção Repercussões do Novo CPC – vol. 3*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 289.

¹⁷MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2006, p. 87.

praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Nessa linha de pensamento, para reforçar a necessidade de vinculação das ações dos agentes públicos aos limites impostos pela lei, Henrique Savonitti Miranda¹⁸ compara as atividades do administrador privado (princípio da autonomia da vontade) às do gestor público, registrando que:

o administrador privado conduz seu empreendimento com *dominus*, agindo com os poderes inerentes à propriedade em toda a sua extensão. Assim, tudo o que não é proibido, é permitido ao gestor privado. Diga-se, ainda, que o administrador privado pode inclusive conduzir ruinosamente seu empreendimento sem que muito possa ser feito por terceiros(...) O gestor público não age como “dono”, que pode fazer o que lhe pareça mais cômodo. Diz-se, então, que ao Administrador Público só é dado fazer aquilo que a lei autorize, de forma prévia e expressa. Daí decorre o importante axioma da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

Considerando que, segundo Meirelles¹⁹, o ato administrativo perfaz toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tem por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos seus administrados ou a si próprias, mostra-se razoável admitir que a celebração de negócios jurídicos processuais, como manifestação da Administração Pública, deve ser submetida aos requisitos de validade²⁰ dos atos administrativos: competência, finalidade, objeto, forma e motivo.

Competência, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹, é definida como sendo um conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo. Ou seja, é o poder atribuído legalmente ao agente para a prática do ato administrativo, a indicação, em lei ou regulamento, de qual servidor público pode ou deve praticar determinado ato administrativo.

Quanto à finalidade do ato administrativo, Meirelles²² ensina que é a definida em lei, de maneira que não haveria liberdade de decisão do administrador público em determinar a finalidade do ato.

¹⁸MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Administrativo*. 3.ed. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 18.

¹⁹MEIRELLES, op. cit., p. 144.

²⁰BRASIL. *Lei n° 4.717, de 29 de junho de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

²¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 205.

²²MEIRELLES, op. cit., p. 144.

A forma, segundo José dos Santos Carvalho Filho²³, reflete o meio pelo qual a vontade da Administração se exterioriza, cujo estabelecimento se dá na forma de lei. É o formato de exteriorização do ato administrativo e seu procedimento de formação.

Di Pietro²⁴ ensina que, o objeto deve ser lícito, possível (realizável no mundo real e juridicamente), certo (definidos quanto aos destinatários, efeitos, tempo e lugar), e moral (em consonância com os padrões de comportamento aceitos pela sociedade).

Ainda, a autora define motivo como o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Sendo pressuposto de direito o dispositivo legal em que se baseia o ato e o de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato²⁵.

Considerando as características anteriormente expostas, que a finalidade do ato administrativo é sempre a satisfação do bem comum, é possível extrair que a eventual lacuna de texto normativo expresso estabelecendo o ente ou agente público para celebrar negócio jurídico processual em matéria tributária, também sua forma e limites para realização, pode se tornar um óbice para utilização do instituto pela Fazenda Pública, por ausência, justamente, dos requisitos formais da competência (capacidade negocial) e da delimitação do objeto.

Diante do exposto, há de se concluir que a inexistência de lei específica que autorize a celebração de negócios jurídicos processuais em matéria tributária que impliquem em renúncia de crédito tributário mostra-se como empecilho a sua realização.

3. POSSIBILIDADE TEÓRICA DE OBTENÇÃO DE MAIOR EFICIÊNCIA NA RECUPERAÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS, PELA VIA JUDICIAL, MEDIANTE CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Como destacado, o objetivo de se efetivar negócios jurídicos processuais concerne à possibilidade de tornar o processo mais eficiente e adequado para o atingimento da tutela jurídica jurisdicional pretendida.

Os sujeitos processuais não irão avançar negócios jurídicos para piorar o procedimento comum de determinado processo, mas sim para melhorá-lo. Nas palavras de Theodoro Júnior, trata-se de um modelo de gerenciamento processual²⁶.

²³CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 106.

²⁴DI PIETRO, op. cit., p. 204.

²⁵Ibidem, p. 219.

²⁶THEODORO JÚNIOR et al, op. cit., p. 257.

Conforme visto nos capítulos anteriores, a possibilidade de a Fazenda Pública celebrar negócios jurídicos processuais em matéria de execução fiscal levanta discussões, comportando posições divergentes, especialmente em torno de elementos como indisponibilidade do interesse público.

Não obstante, parece prevalecer a tendência autorizativa de a Fazenda Pública empregar o uso de negócios processuais em prol da prestação jurisdicional mais célere e adequada.

Nesse contexto, a fim de avaliar a eficiência teórica da celebração de negócios jurídicos processuais em matéria de execução fiscal tributária, cabível indagar de que maneira a atuação processual das Fazendas Públicas se entrelaça com essa possibilidade, analisando os parâmetros.

No âmbito da Fazenda Nacional, por exemplo, no ano de 2018, foi editado ato normativo²⁷ que orienta e uniformiza a atuação processual de seus procuradores. Um dos objetivos da referida portaria é o da recuperação dos débitos em tempo razoável.

Também a Portaria nº 360²⁸, de 13 de Junho de 2018, do mesmo órgão, autoriza a celebração de algumas modalidades de negócios jurídicos processuais, relacionados a calendário de atos processuais, cumprimento de sentença, confecção e conferência de cálculos, recursos (inclusive desistência) e inclusão do crédito fiscal e do FGTS em quadro geral de credores da União, sendo vedada nos casos em que haja necessidade de anuência de outro órgão e esta não for demonstrada; se houver previsão de penalidade pecuniária ou se implicar disposição de direito material pela União.

Como se observa no texto normativo, não há vedação à celebração de negócios jurídicos em matéria tributária que não implique em disposição de direito material.

No âmbito da Fazenda Estadual do Rio de Janeiro, por meio da Resolução PGE-RJ 4.324/2019²⁹, também foi possibilitada à Procuradoria-Geral do Estado (PGE-RJ) a celebração de negócios jurídicos processuais sobre alguns pontos de execuções fiscais. Entretanto, veda-se ao órgão realizar negociação versando sobre direito material do Estado, como valor de tributos.

O ato normativo estadual autoriza a Procuradoria a celebrar negócios jurídicos processuais envolvendo a obtenção e execução de garantias pela PGE-RJ; procedimento de

²⁷BRASIL. Receita Federal. *Portaria PGFN n° 33*. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2c/consulta/link.action?visao=anotado&idAto=90028>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

²⁸BRASIL. *Portaria PGFN n° 360*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/arquivos/2018/portaria-360-2018.pdf/view>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

²⁹RIO DE JANEIRO. Procuradoria Geral do Estado. *Resolução PGE n° 4324*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pge-rj-resolucao.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

prova pericial, inclusive escolha do perito; produção unificada de prova para litígios repetitivos; delimitação consensual das questões de fato e de direito; reunião das execuções fiscais; prazos processuais, inclusive com a fixação de calendário para prática de atos; recursos, até mesmo renúncia prévia; cumprimento de decisões judiciais e procedimento de conversão de depósito em renda.

Nesse contexto, cabe destacar o apontamento de Marco Antônio Rodrigues³⁰, no que se refere à necessidade de que as procuradorias tenham regulamentação própria estabelecendo os limites para a realização de negócios jurídicos processuais, como forma de garantir o princípio constitucional da impessoalidade, corroborando a conclusão do capítulo antecedente.

O objetivo da realização de negócios jurídicos processuais no âmbito da execução fiscal é permitir que a recuperação do crédito público se torne mais efetiva. Obviamente, deve-se ter em vista que na efetivação do acordo processual, faz-se necessário que sejam observadas as características específicas da negociação efetivada pelas Fazendas Públicas, de maneira que não devem ser objeto de negócio jurídico na execução fiscal concessões prejudiciais à recuperação do crédito.

Como bem apontam Paulo Rosenblatt e Rodrigo Tenório Tavares de Melo³¹, a efetivação do negócio jurídico processual pela Fazenda Pública deve ter por objetivo o respeito ao interesse público. Esse interesse público, no caso da execução fiscal, é atingido se o crédito público é recuperado sem sofrer nenhuma limitação em seu montante.

A análise de informações do CNJ³², obtidas a partir do relatório estatístico anual Justiça em Números 2019, permitiu identificar que, com base em dados coletados em 2018, a maior parte dos processos de execução é composta pelas de natureza fiscal, que representam 73% do estoque em execução.

Por cada Vara de Execução Fiscal, tramitam a média de 54 mil processos, que figuram como os principais responsáveis pelas altas taxas de congestionamento (gargalos) do Poder Judiciário, representando aproximadamente 39% do total de casos pendentes e

³⁰RODRIGUES, Marco Antônio. *A fazenda pública no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 373.

³¹ROSENBLATT, Paulo; MELO, Rodrigo Tenório Tavares de. O negócio jurídico processual como estratégia para a recuperação fiscal do crédito inscrito em dívida ativa: o plano de amortização de débitos. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v.15, n.1, jan./dez., 2018. p. 266.

³²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisa-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 30.08.2019.



congestionamento³³ de 90% em 2018 - a maior taxa entre os tipos de processos constantes no anuário estatístico do CNJ.

O relatório também destaca que há casos em que o Judiciário já teria esgotado os meios previstos em lei localização de patrimônio capaz de satisfazer o crédito e ainda assim não teria obtido sucesso, permanecendo o processo pendente.

Na condução do presente trabalho não foi possível encontrar dados conclusivos que permitam estimar o real grau de eficiência da celebração de negócios jurídicos na recuperação de receitas tributárias pela via judicial.

Entretanto, pode-se vislumbrar que a implementação da prática de soluções negociais, como forma de redução dos prazos de duração dos processos de execução fiscal, contribua para redução da resistência dos executados e, inclusive, para redução dos custos do próprio processo, evitando-se controvérsias desnecessárias, contribuindo para melhor efetivação do ingresso de receitas tributárias nos cofres públicos.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil (CPC) em vigor incorporou formal e amplamente ao ordenamento jurídico pátrio o princípio da autonomia da vontade, privilegiando a autocomposição na solução de conflitos. Nessa senda, o artigo 190 do CPC instituiu a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, no intuito de produzir efeitos processuais. Notadamente, o dispositivo tem como destinatário também a Administração Pública.

Por si só, a indisponibilidade do interesse público não parece desautorizar a Fazenda Pública a se submeter à solução consensual dos conflitos quando em juízo, mediante a realização de convenções processuais. Esse princípio norteador não deve ser assumido de forma absoluta, a ponto de prejudicar o próprio Estado.

Fica claro, contudo, que nas ações judiciais envolvendo a Fazenda Pública, não pode ser permitida a celebração de negócios processuais que acarretem prejuízo concreto ao interesse e ao patrimônio público, sem que haja autorização legislativa para tanto.

³³Taxa de Congestionamento: segundo o estatístico anual Justiça em Números 2019 do CNJ, é um indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados).

A reduzida recuperabilidade do crédito inscrito em dívida ativa por meio de execuções fiscais e a morosidade desses processos executivos já foram apontados pelo Conselho Nacional de Justiça.

A análise de dados estatísticos permite identificar que, ao final do ano de 2018, mais da metade dos 79 milhões de processos judiciais pendentes de baixa em todo território Nacional encontravam-se em fase de execução. Sendo que quase trinta e um milhões de processos seriam relativos a execuções fiscais.

O impacto da execução fiscal mostra-se significativo, não somente sob o ponto de vista do congestionamento do Poder Judiciário, mas também sob a ótica do (não) ingresso de receitas nos cofres públicos.

Nesse ambiente, a transação em matéria tributária, com a finalidade de dar encerramento ao processo de execução fiscal por meio de negociação, de maneira a possibilitar a redução da duração do processo judicial, surge como meio alternativo para tornar mais eficiente a recuperação do crédito tributário sujeito à execução

Em que pese ainda não tenha sido possível mensurar os reais benefícios do emprego do instituto processual nesse sentido, é possível inferir que a busca pela solução negocial de conflitos poderá levar à redução de custos para a Administração Pública na cobrança dos seus haveres tributários sujeitados à execução.

Dessa forma, mostra-se oportuno e conveniente que as Fazendas Públicas se mobilizem no sentido de buscar colocar em prática o emprego dos negócios jurídicos processuais com vistas à melhoria da eficiência do processo da execução fiscal, possibilitando tornar mais efetiva a recuperação de créditos tributários inadimplidos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORBA, Cláudio. *Direito Tributário: Teoria e 1.000 Questões*. 20. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisa-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 30 ago.2019.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Receita Federal. *Portaria PGFN nº 33*. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=90028>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Receita Federal. *Portaria PGFN nº 360*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/arquivos/2018/portaria-360-2018.pdf/view>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães de. *Execução Fiscal e Efetividade*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro*. In: *Negócios processuais*. CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Salvador: JusPodivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

INSTITUTO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2006.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Administrativo*. 3.ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

RIO DE JANEIRO. Procuradoria Geral do Estado. *Resolução PGE nº 4324*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pge-rj-resolucao.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

RODRIGUES, Marco Antônio. *A fazenda pública no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL. *I Fórum Nacional do Poder Público*. Disponível em: <<https://www.sinprofaz.org.br/pdfs/enunciados-aprovados.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

TALAMINI, Eduardo. *A indisponibilidade do interesse público: consequências processuais*. Disponível em <http://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_p%C3%BAblico_consequ%C3%Aancias_processuais_2005_>. Acesso: 11 mar. 2019.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2015.

TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio. *Coleção Repercussões do Novo CPC – vol. 3*. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



O USO DE DRONES EM INCURSÕES POLICIAIS PODE SER VISTO COMO ELEMENTO ESTRATÉGICO DE SEGURANÇA PÚBLICA?

Aline Daniele Barbosa Andrade

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Graduada em Defesa e Gestão Estratégica Internacional pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Resumo – O tema do presente trabalho diz respeito a utilização de drones em incursões policiais, mais precisamente a uma análise se tal fato pode ser visto como elemento estratégico de segurança pública. O objetivo precípua deste artigo se pauta em discorrer sobre as consequências dos disparos realizados por esses em operações nas comunidades cariocas. É um tema atual, haja vista que o atual governador do Estado do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, expôs seus planos relativos a ter nessa tecnologia um elemento estratégico de Segurança Pública. A fim de viabilizar tal reflexão, torna-se necessário ponderar se tal uso caracteriza um avanço, de modo a assegurar uma sensação de proteção coletiva por parte da população, ou se representarão, em verdade, maior temor e retrocesso ao trazer a tona à imagem da existência de um inimigo a ser combatido.

Palavras-chave – Direito Penal. Drones. Segurança Pública. Guerra Assimétrica.

Sumário – Introdução. 1. O uso de drones sob a ótica da Guerra Assimétrica. 2. Viabilidade ou não de se enquadrar como excludente de ilicitude prevista no Código Penal os óbitos advindos das incursões policiais com drones. 3. Drones: um retrocesso na mentalidade referente à Segurança Pública? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Dissertar sobre o uso de drones em incursões policiais é algo inovador no sentido de integrar diferentes áreas de conhecimento. Pensar nessa utilização como possível elemento estratégico de Segurança Pública é viável em virtude de além de graduada em Direito a pesquisadora ser formada em Defesa e Gestão Estratégica Internacional pela UFRJ.

Assim sendo, há uma simbiose das searas na escolha do tema, visto que a reflexão acerca de Segurança Pública se dá em caráter sistêmico, viabilizando também uma análise sobre a ótica do Direito. Portanto, é necessária uma ponderação entre o que prevê o Código Penal e a eficácia de tal medida no âmbito da Segurança Pública.

No que tange ao uso de drones, sobreleva destacar que tem por função desempenhar tarefas que antes dependiam de aviões e helicópteros tripulados, porém, apresentam maior eficiência e alcance, além de redução de custo e mais segurança. Entretanto, o assunto gerou

divergências de opiniões após os EUA desenvolver avançados modelos armados e ter começado a usar com frequência os "aviões-robôs" para destruir alvos no Oriente Médio. Fato esse que gerou milhares de mortes de inocentes, assassinatos esse que não tiveram sequer julgamento. A preocupação na ONU está no fato de países se utilizarem dessa nova tecnologia como uma arma, gerando mortes à distância.

No Brasil, o tema está recentemente em voga devido ao atual governador do Estado do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, expor seus planos de usar drones que realizam disparos em operações no Rio de Janeiro.

A presente pesquisa busca analisar se por trás desse discurso de combate ao crime utilizando-se de tecnologia, não se traduz uma ameaça em potencial. Ressalte-se que Segurança não é algo concreto, mas sim uma sensação, e é por meio da Defesa que se mantém essa sensação de forma a assegurar uma proteção coletiva. Vale frisar que o cerne do estudo é constatar se os drones auxiliam para que essa sensação seja compartilhada pela população ou se trazem mais temor ao trazer a tona à imagem da existência de um inimigo a ser combatido.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho refletindo se o uso de drones sob o fundamento de combate ao crime não ratifica uma forma ilegítima de violência. E para isso, a avaliação do uso de drones se dá sob a ótica da Guerra Assimétrica.

Já no segundo capítulo, o ponto nodal se pauta nas incursões que tenham como consequência natural a perda de vidas humanas. Nesse caso, é importante verificar a viabilidade ou não de se enquadrar como excludente de ilicitude prevista no Código Penal os óbitos advindos das incursões policiais com drones.

Em fecho, o terceiro capítulo revela um questionamento sobre uso de drones, ou seja, se em verdade, isso não seria um retrocesso a uma mentalidade de Segurança Pública de combate a um inimigo. Nesse sentido, é preciso mostrar se esse uso não tem como prerrogativa o enfrentamento de um "inimigo interno", de modo a resultar no enfraquecimento do próprio Estado por reforçar a mentalidade de uma Segurança Pública de combate a um inimigo.

Insta mencionar, no que se refere a Metodologia utilizada, que com o intuito de responder a pergunta principal feita no trabalho, que é se o uso de drones em incursões policiais pode ser visto como elemento estratégico de Segurança Pública, é fundamental criar métodos e indicadores para avaliar tal fato. As categorias de análise são de forma a verificar o embasamento legal para essa forma de utilização da tecnologia; se há real necessidade da mesma em operações policiais; e se acarreta em insegurança no entorno das áreas afetadas.

Desse modo, a pesquisa em comento se caracteriza como qualitativa, haja vista que a pesquisadora se vale de bibliografia referente ao tema em foco tendo por objetivo sustentar a sua tese.

Por fim, urge frisar que quanto aos objetivos e aos procedimentos, a pesquisa é exploratória e bibliográfica, em virtude do instituto sequer ter entrado no ordenamento jurídico ainda. Em que pese o tema não ter sido anteriormente analisado por meio dessa interconexão dos campos jurídico; de Segurança Pública e de Guerra Assimétrica, a pesquisadora pretende se valer de fontes bibliográficas já existentes que discorrem sobre a evolução dos drones e sua utilização no Brasil.

1. O USO DE DRONES SOB A ÓTICA DA GUERRA ASSIMÉTRICA

Precipualemente, é necessário analisar o uso de drones sob a ótica da guerra assimétrica. Tendo como referencial de análise tal conceito, pode-se perceber que tal assimetria advém de diferentes frentes, tais como: de poder econômico; de capacidade bélica; de estrutura organizacional, entre outros.

Depreende-se das ideias de Leal¹, que atualmente há a possibilidade do Estado também partir para a forma assimétrica de combate, no momento em que cria uma força com características não-estatais, combatendo assimetria com assimetria. Quem sofre primeiramente com esse tipo de guerra é a população civil, haja vista que com a dificuldade de identificação de quem é ou não combatente, todos acabam se tornando uma ameaça em potencial, um combatente, o que gera uma tendência por parte do Estado ao genocídio, a carnificina devido a culpabilização de todos que estão presentes naquele ambiente.

Dentre algumas das definições encontradas para Guerra Assimétrica, vale ressaltar a da Doutrina Básica da Marinha do Brasil de 2004:

[...]a guerra assimétrica é empregada, genericamente, por aquele que se encontra muito inferiorizado em meios de combate, em relação aos de seu oponente. A assimetria se refere ao desbalanceamento extremo de forças. Para o mais forte, a guerra assimétrica é traduzida como forma ilegítima de violência, especialmente quando voltada a danos civis. Para o mais fraco, é uma forma de combate. Os atos terroristas, os ataques aos sistemas informatizados e a sabotagem são algumas formas de guerra assimétrica [...]

¹ LEAL, Fernando D' Eça. *A guerra irregular: A conspiração do silêncio no século XXI?* Disponível em: <<https://www.revistamilitar.pt/artigo/671>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

Todavia, essa definição é de certa maneira incompleta, pois assimetria vai muito além disso, não é decorrência pura e simples de uma diferença de forças. Em que pese essa adjetivação referente a guerra assimétrica ter sido pensada à luz de um terrorismo transnacional, é possível interpretar esse conceito e pensar na seara interna.

Numa guerra, o que se objetiva é a imposição da sua vontade sobre a do adversário, de modo que a vitória advenha de um desgaste do inimigo, imobilizando-o operacionalmente, de forma a tirar sua estabilidade, surpreende-lo e exauri-lo. Nesse sentido, dispõe Costa².

Internalizando esse conceito, no âmbito nacional, à luz do exposto, é notável que a utilização dos drones em incursões policiais não se caracteriza como guerra assimétrica, haja vista que a tecnologia em comento já é inclusive usada pelo “Poder Paralelo”³. Assim sendo, os criminosos se utilizam dessa tecnologia para vigiar a rotina dos morros, os becos que os integram e a atuação da polícia. Todavia, não se exterminou a figura dos olheiros, que tinham por função avisar aos mandantes acerca de movimentações suspeitas e aproximação policial, sendo os drones somente uma nova forma, mais tecnológica e eficaz, de atender aos interesses dos criminosos.

É inegável a insegurança em que vivem os brasileiros, tanto no tocante ao ir e vir dos trajetos diários que permeiam o cotidiano; quanto aos homicídios, tiroteios, assaltos, entradas de armas de fogo ilegais no país. Soma-se a isso, o enorme vulto de drogas comercializadas no Brasil.

Dado todo esse cenário, o governador do Estado do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, expôs seus planos de usar drones que realizam disparos em operações no Rio de Janeiro.

Uma maneira de se pensar esse terror e falta de segurança constante é comparando-a com o Mito de Édipo, fato esse que ilustra o tema e facilita a reflexão. De acordo com o especialista Maurício Bruno de Sá⁴, a Esfinge presente no mito de Édipo era um monstro com pernas de leão, asas de um grande pássaro e o rosto de uma mulher, e aqueles que fossem incapazes de responder o enigma proposto por tal ser, eram devorados pela criatura.

²COSTA, Darc. *Visualizações de Guerra Assimétrica*. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/pt/document/read/12588319/visualizacoes-da-guerra-assimetrica-darc-costa>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

³ Poder Paralelo é a denominação dada ao crime organizado nas comunidades, tendo em vista que sua atuação nas favelas funciona como um Governo Ditatorial, paralelo ao Estado Democrático de Direito, em virtude da dificuldade do Estado em adentrar nessas áreas e retirar a influência do tráfico e das milícias nessas regiões. RABELO, Cesar Leandro de Almeida; SOUTO DOS SANTOS, Diego; GOMES, Vinicius da Costa. *O poder paralelo X Estado Democrático de Direito: Uma análise da comunidade Pedreira Prado Lopes*. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20181127101814.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

⁴ Conteúdo depreendido de palestra ministrada pelo professor Maurício Bruno de Sá na Escola de Guerra Nacional (EGN), em 30 de abril de 2013, na disciplina de Tópicos Especiais no curso de Defesa e Gestão Estratégica Internacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

A partir dessa exemplificação, o autor supramencionado buscou diferenciar terror de medo, no qual terror provoca a paralisia da cidade, em todos os níveis, incluindo o físico e o político. Assim como fazia a Esfinge, que aterrorizava a cidade de Tebas. Fez-se então uma analogia com a atualidade, e o terrorismo moderno foi definido como sendo causador de paralisia na população, o que gera impactos na vida pública. A consequência disso é o medo, que faz com que sejam tomadas atitudes precipitadas e falaciosas.

Partindo dessa linha de pensamento, pode-se verificar que medo relativo a ausência de domínio efetivo dos grandes centros urbanos pelo Estado, fez com que numa tentativa de retomar e integrar a cidade como um todo, ligando o asfalto as favelas, se cogitasse utilizar de drones para combater a violência.

Urge mencionar que os “drones” tem por função desempenhar tarefas que antes dependiam de aviões e helicópteros tripulados, porém, apresentam maior eficiência e alcance, além de redução de custo e mais segurança em virtude do seu controlador estar fixado em terra, desse modo, não é alvo de tiros pelos oponentes.

Atualmente é possível acoplar câmeras de alta resolução nesses equipamentos e controlá-los por controle remoto. Todavia, é preciso sopesar e ponderar até que ponto essa busca de combate à violência não traduz uma ameaça em potencial e caracteriza uma forma ilegítima de violência.

Tendo como norte de análise o artigo 5, X, da Constituição da República Federativa do Brasil⁵, esse dispositivo prevê que são invioláveis a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas. Sendo certo que os drones captam imagens em prol da vigilância nas áreas carentes, servindo de facilitador para entrada dos policiais, de igual forma essas imagens também adentram os lares dos moradores, que tem sua privacidade afrontada e diminuída, sob o fundamento de que o interesse público prepondera sobre o privado.

Uma forma de mitigar essa invasão na vida particular dos habitantes das comunidades se dá por meio da devida regulamentação desse uso. Nesse sentido prevê a Agência Nacional de Aviação Civil⁶:

[...]este Regulamento Especial estabelece as condições para a operação de aeronaves não tripuladas no Brasil considerando o atual estágio do desenvolvimento desta tecnologia. Objetiva-se promover um desenvolvimento sustentável e seguro para o setor e, assim, algumas restrições operacionais – notadamente sobre as áreas não distantes de terceiros – foram julgadas como necessárias neste momento. É esperado que a experiência obtida na prática nos próximos anos resulte em um maior

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

⁶ ANAC. *Requisitos Gerais para veículos aéreos não tripulados e aeromodelos*. Disponível em: < <https://www.anac.gov.br/participacao-social/audiencias-e-consultas-publicas/audiencias/2015/aud13/anexoi.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

conhecimento e superação dos desafios para uma ampla integração desta classe de aeronaves no sistema de aviação civil[...]

Com base no exposto, nota-se serem os drones um ponto de encontro entre searas relevantes e que merecem igualmente atenção, haja vista que, apesar do interesse público prevalecer sobre o particular, o uso de drones como meio de frear o poder paralelo e trazer segurança a população não pode se dar de modo a subjugar garantias fundamentais constitucionalmente previstas.

Em fecho, ressalte-se que os drones utilizados nas incursões policiais não podem ser operados em caráter negligente, colocando em risco a propriedade de terceiros e muito menos a vida destes.

2. VIABILIDADE OU NÃO DE SE ENQUADRAR COMO EXCLUDENTE DE ILICITUDE PREVISTA NO CÓDIGO PENAL OS ÓBITOS ADVINDOS DAS INCURSÕES POLICIAIS COM DRONES

Inicialmente, antes de adentrar efetivamente no mérito a ser discutido, vale mencionar o entendimento sustentado por Fernando Galvão, tendo como base as ideias de Roxin⁷ no que tange as causas de justificação existentes na seara penal⁸:

[...] Na interação com os casos concretos, as hipóteses de justificação são muito variadas e decorrem de necessidades sociais sempre mutáveis, no tempo e no espaço. No concreto das relações sociais, adverte Roxin, as causas pelas quais resta permitido deter pessoas, penetrar em domicílios ou efetuar intervenções com repercussão sobre a integridade física variam constantemente. A cada modificação do ordenamento penal ou civil, a cada nova concepção sobre direito de correção dos filhos menores, o que seja da esfera privada dos indivíduos, ou os direitos de manifestação da personalidade, causas de justificação são criadas ou suprimidas [...]

Pode-se depreender do exposto acima, que as causas de justificação advém da constante mudança da sociedade de modo a acarretar também uma atualização da seara jurídica a fim de acompanhar tal evolução e, dentre essas, o capítulo em referência terá como foco da análise a excludente de ilicitude prevista no artigo 23, do Código Penal⁹, que tem como causas expressamente previstas o estado de necessidade; o fato praticado pelo agente

⁷ ROXIN apud GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. [Edição em e-book.] 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 240-241.

⁸ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 mai. 2019.

⁹ *Ibid.*



em legítima defesa e em estrito cumprimento do dever legal ou em exercício regular de direito.

Insta salientar que o tema objeto de análise se pauta no uso da tecnologia em prol da segurança pública, no que se refere ao controle, por parte de policiais, de drones utilizados durante incursões em áreas de risco em prol de diminuir o risco destes agentes públicos de serem vítimas da violência ao ficarem vulneráveis nas operações em meio a becos e ruelas por eles inexplorados. Porém, é certo que essas áreas são controladas por câmeras pelos traficantes locais.

É inevitável que o uso de drones traga como consequência natural a perda de vidas humanas. Nesse caso, é preciso refletir se os policiais responsáveis pelo controle a distância da tecnologia em comento estariam abarcados pela excludente de ilicitude relativa à legítima defesa de terceiro, haja vista que não só estariam agindo com intuito de evitar que os demais policiais que estão presencialmente participando da operação sejam abatidos, como também, que os moradores do local sejam vítimas do Poder Paralelo.

Em que pese as peculiaridades de cada caso, pode-se nortear a reflexão por meio de uma comparação entre a utilização de drones e a função dos atiradores de elite. Recentemente, em 20 de agosto de 2019, o Rio de Janeiro foi cenário de momentos de terror que repercutiram pelo noticiário de todo país, em virtude de um sequestrador que adentrou em um ônibus na ponte Rio-Niterói, ameaçando atear fogo no veículo e fazendo de refém várias pessoas que estavam dentro do coletivo¹⁰.

É importante destacar que várias foram as tentativas para o deslinde do caso, todavia, sendo estas infrutíferas, a consequência foi letal. No caso, gerou a morte do sequestrador por um atirador de elite¹¹. Muito se questionou acerca da real necessidade de dar um tiro fatal. Ressalte-se que, não cabe ao *sniper* optar por agir nesse sentido, mas sim, a decisão é do comandante da operação. Ou seja, ele estaria no estrito cumprimento do dever legal, sendo, portanto, possível sustentar a tese de excludente de ilicitude.

A respeito da atuação do *sniper*, vale ressaltar o entendimento de Greco¹²:

¹⁰ NIEDERAUER, Ana Paula; GOMES, Bianca; JANSEN, Roberta. *Sequestrador de ônibus na ponte Rio-Niterói é morto pela polícia do Rio*. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,ponte-rio-niteroi-e-totalmente-interditada-por-suspeita-de-sequestro,70002974712>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

¹¹ Atirador de elite é também chamado de *sniper*. Eles são integrantes da Polícia Militar, treinam de forma eficaz a fim de ter a calma necessária para agir em situações de alta pressão psicológica, nas quais é preciso frieza para a prolação do tiro certo. MONTEIRO DO CARMO, Jhonata; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. *O sniper: O silêncio que precede a morte*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68314/o-sniper>>. Acesso em 11 ago. 2019.

¹² GRECO, Rogério. *Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2011, p.135.

[...] se esgotadas as possibilidades de negociação, de gerenciamento da crise, for dado, pelo comandante da operação, o sinal verde para atuação do sniper, ele terá sempre em foco duas alternativas, que conduzirão, certamente, a neutralização do agressor: Seu tiro poderá ser efetuado em direção a uma zona mortal do corpo humano, eliminando-o instantaneamente e, com isso, impedindo sua ação criminosa dirigida à vítima; ou poderá efetuar um disparo com a intenção de, tão somente, ferir o agressor desde que isso possibilite o resgate seguro da vítima [...]

Entretanto, o caso acima exposto não se confunde com o uso de drones, haja vista que, tratando-se deste último o policial sequer está presente no local do confronto, de modo que sua vida não está em risco, diferentemente do que ocorre com os atiradores de elite. Ademais, é preciso sopesar e avaliar se sob a prerrogativa de proteção de vidas de pessoas inocentes e a busca pela paz social, não se está reagindo de forma desproporcional, para então concluir se era inevitável abrir mão de uma vida.

Sobreleva destacar, no que se refere ao tema em análise, o Projeto de Lei Anticrime¹³ do Ministro Sérgio Moro¹⁴ que dispõe sobre a corrupção, crime organizado e crimes praticados com grave violência a pessoa.

Dentre as propostas do projeto acima mencionado, está a alteração do artigo 25 do Código Penal¹⁵, integrando um parágrafo único que, em seu inciso I, passe a caracterizar legítima defesa quando o policial ou agente de segurança pública, em conflito armado ou sob risco eminente de ocorrência de um, previna injusta ou iminente agressão ao seu direito ou a de outrem.

Sob essa nova redação, de fato seria crível defender uma excludente de ilicitude sob o prisma da legítima defesa ao policial que maneja o drone e acaba por, ocasionalmente, matar alguém. A morte nessa seara não era o objetivo central da ação, mas sim, responder a atuação do oponente e paralisar o momento de crise no qual não há tanto tempo para ponderar, já que, qualquer desídia pode ocasionar expansão do poder do tráfico e maior dificuldade de atuação do Estado em adentrar nessas áreas já dominadas, além de mortes de moradores locais.

Por vezes, os próprios traficantes matam as pessoas que vivem nas favelas a fim de gerar tensão entre os mesmos e a polícia, causando descrédito na atuação policial e desconfiança e medo nos habitantes locais.

¹³ BRASIL. *Projeto de lei Anticrime*. Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

¹⁴ Sérgio Moro é um ex-magistrado, que recebeu o convite para atuar como Ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil pelo atual presidente Jair Bolsonaro e, atualmente exerce esta função.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 8.

Entretanto, a partir de uma análise sistêmica e teleológica da seara penal, constata-se a inexistência de argumentos jurídicos sólidos para aplicação da excludente de ilicitude aos policiais que controlam drones e geram óbitos. Foge a razoabilidade defender a possibilidade de atuação policial prévia sob a alegação de impedir um confronto próximo que pode sequer vir a se concretizar.

Não há como amparar tal ação por meras conjecturas, caso contrário, o que estaria ocorrendo seria em verdade uma “licença para o abate do inimigo”, inimigo esse assim caracterizado por ser detentor do controle de áreas nas quais o Estado não tem sequer interesse ou meios para adentrar e retomar a tranquilidade, viabilizando uma melhor qualidade de vida para os habitantes que vivem, ou melhor, sobrevivem, com a constante agonia de tiroteios rotineiros.

Em fecho, a tecnologia não deve ser usada como meio de aumentar os homicídios e não é correto interpretar tão ampliativamente uma causa de justificação, pois a intenção do legislador ao criá-la não era a de amparar reações desproporcionais e mortes desnecessárias. Assim sendo, não se pode ir além do que o legislador objetivou ao positivar tal excludente.

3. DRONES: UM RETROCESSO NA MENTALIDADE REFERENTE À SEGURANÇA PÚBLICA?

A questão a ser enfrentada no presente capítulo pressupõe uma análise acerca da segurança pública, bem como um breve histórico sobre a mesma.

Precipuamente, vale destacar que a Constituição Federal¹⁶, em seu preâmbulo, trata a segurança como sendo uma condição essencial para a formação de um Estado Democrático, tendo em vista que o Estado objetiva “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Segundo o entendimento sustentado por Fábio Alceu Mertens¹⁷, a segurança pública se correlaciona com os direitos fundamentais, no que tange ao direito a vida e a manutenção da ordem social:

[...]Todavia, é de se aduzir que o próprio direito fundamental à segurança pública não deixa de ser em si, sob outra perspectiva, uma verdadeira garantia contra

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 5.

¹⁷ MERTENS, Fábio Alceu. *O Direito Fundamental a Segurança Pública e o serviço público de Segurança Pública no ordenamento jurídico nacional*. Santa Catarina: Universidade do Vale do Itajaí, 2007, p. 36.

violações da ordem pública e da incolumidade física e patrimonial das pessoas; ou seja, é um verdadeiro direito-garantia dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade e outros[...]

Sobreleva mencionar que, o assunto em comento está previsto na Constituição Federal¹⁸, que em seu artigo 144, caracterizou-a como “um dever de Estado”, e “um direito e responsabilidade de todos” que tem por intuito a “preservação da ordem pública, e a incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

A partir de uma análise histórica é possível perceber que a segurança pública ganhou destaque com a Constituição Federal¹⁹, haja vista que antes de 1988 não havia um capítulo próprio com as disposições relativas a esse importante viabilizador da vida em sociedade.

Urge mencionar que o conceito em referência é analisado sob dois vieses: sob o prisma do combate; e outro de prestação de serviço público.

De acordo com Claudio Pereira de Souza Neto²⁰, a ideia de combate advém da própria missão institucional da polícia, treinada para adentrar nos “territórios hostis” das favelas e vencer o “inimigo interno” que ali exerce poder e domínio, inviabilizando a atuação estatal. Assim sendo, pode-se depreender desse conceito, que a lógica que permeia a empreitada se pauta numa reprodução de um estágio de guerra, na qual o agir é norteado pelo extremismo, desdobramento lógico da excepcionalidade das circunstâncias.

Tendo como fundamentação as ideias de Carl Von Clausewitz²¹, “a guerra é a continuação da política por outros meios.” Segundo ele, a destruição física e moral do inimigo é que materializa a vitória, e a guerra seria definida então como “um ato de violência destinado a forçar o adversário a submeter-se a nossa vontade”, ou seja, pode-se depreender que para Clausewitz²² o choque de vontades (propósito político) mais o emprego da violência acarretam na guerra.

A trindade do referido pensador, Carl²³, está baseada na emoção acrescida de razão e somada a técnica, a união desses fatores geraria a guerra. Esses três fatores que caracterizariam uma guerra política. O povo é o representante da emoção; já a razão é representada pelo governo; e a razão encontra-se na figura das Forças Armadas. O ato de

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 5.

¹⁹ Ibid.

²⁰ NETO DE SOUZA, Claudio Pereira. *A Segurança Pública na Constituição Federal de 1988*: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. Disponível em: <https://jornalgnn.com.br/sites/default/files/documentos/Seguranca_Publica_na_Constituicao_Federal_de_1988.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

²¹ CLAUSEWITZ apud SÁ, Maurício Bruno. *Terrorismo como a nova esfinge*: decifra-me ou te devoro. In: Tópicos Especiais, 2013, EGN, Defesa e Gestão Estratégica Internacional. Rio de Janeiro: UFRJ, 2013.

²² Ibid.

²³ Ibid.

terror necessariamente impacta ao povo de forma a abalar a população, mexendo na emoção, o que faz com que seja necessária uma tomada de decisão por parte do governo. Os grupos não tem como confrontar as Forças Armadas, por isso atacam o emocional do Estado, que é o povo, para vencê-lo. Se fazendo necessária uma intervenção governamental.

Tendo como base a lógica de Clausewitz²⁴, os alvos de terror são direcionados as vítimas, o que acaba ferindo a população do país. Tem como objetivo o alcance de adeptos com o intuito de alcançar o seu fim, impondo sua vontade ao Estado. Os propósitos políticos são claros e para o alcance de tais, utiliza-se de violência.

Trazendo para a lógica atual, os traficantes por vezes matam os próprios moradores de comunidades com o intuito de culpar a polícia, de modo a fazer com que aumente o distanciamento entre os habitantes locais e os policiais.

Todavia, a inserção de drones no âmbito da segurança pública deve ser analisado com cautela, pois, sabe-se que as comunidades são áreas de livre circulação de armamentos, bandidos, e até assaltos, já que não prevalece mais a antiga máxima referente a não assaltar moradores, mas também de trabalhadores de bem que são maioria nesses locais.

Já no que tange a segunda concepção sobre segurança pública, seu cerne de análise está em ser um “serviço público” a ser prestado pelo Estado, de forma a utilizar os indivíduos a fim de que participem ativamente na gestão da segurança pública, em prol de um caráter cooperativo. Nesse sentido defende Luís Roberto Barroso²⁵:

[...] A segunda concepção entende que as políticas de segurança compõem um serviço a ser prestado a comunidade. Ao invés da figura do inimigo o cidadão passa a ocupar o lugar de destinatário das políticas de segurança. A truculência policial distribuída de maneira indiscriminada nas “áreas ocupadas” é substituída pela atuação cirúrgica precedida de investigação criminal. Os efeitos colaterais das ações de polícia são amplamente considerados tanto no planejamento quanto na execução dessas ações. Como serviço público, procura-se universalizar a segurança de maneira igual, não discriminando os cidadãos seja de acordo com a etnia ou classe social, seja conforme o local de moradia. Todos são cidadãos que merecem a proteção do Estado. Essa concepção é, como regra geral, refratária à utilização das Forças Armadas em ações de segurança pública. Entende que as Forças Armadas não estão preparadas para prestar esse serviço público. Não é para isso que os militares são formados. Pelo contrário, conceber a segurança pública como serviço público a ser prestado aos cidadãos significa enfatizar, na formação dos policiais, não apenas as técnicas de enfrentamento de situações de conflito armado. Significa valorizar também temas como: direitos humanos, relações públicas e participação da comunidade. Significa, sobretudo, preparar para a investigação e para a inteligência policial [...]

²⁴ Ibid.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Forças Armadas e Ações de Segurança Pública: Possibilidades e limites à luz da Constituição. In: *Revista de Direito Processual Geral*. Rio de Janeiro. Parecer nº 02/2007, nº 62, p.360- 382, jun. 2007.

Confrontando essas duas óticas, tem-se como mais benéfica a segunda, na qual há cooperação popular. Entretanto, a utilização dos drones, em que pese ser um grande avanço tecnológico, ante a viabilidade de adentrar em áreas de difícil acesso sem pôr em risco os controladores que não necessitam mais ficar na linha do fronte, representam uma ameaça a população em geral.

Tal ameaça é notória em virtude de ser inerente ao uso desses instrumentos o lançamento de projéteis, mas há dificuldade em discernir quem é ou não o “alvo”. Nessas áreas há constantemente pessoas circulando e foge a razoabilidade esperar que parem suas rotinas devido a operações policiais à distância.

Muito além de ver os traficantes como inimigos, deve-se optar por ter os moradores como uma forma de ajudar a adentrar nessas locais, como já vinha sendo feito no período de instalação das UPP's no Rio de Janeiro. Só assim haverá um combate eficaz a criminalidade.

CONCLUSÃO

Inicialmente, no desenvolvimento do tema analisou-se o uso de drones sob o viés da guerra assimétrica, para então, a partir desse conhecimento desconstruir a ideia de que se trata de uma decorrência pura e simples de uma diferença de forças.

Em que pese o conceito de guerra assimétrica ter sido pensado à luz de um terrorismo transnacional, é cabível interpretá-lo e aplicá-lo na seara interna. Assim sendo, os drones não configuram assimetria, tendo em vista que os próprios criminosos já os utilizam como meio de vigiar a rotina das favelas, os becos que os compõem e a atuação policial.

Esta pesquisa constatou que o cenário de insegurança em que vivem os brasileiros, bem como, o enorme vulto de drogas comercializadas no país e a dificuldade de penetração dos policiais nas áreas dominadas pelo tráfico pautaram os planos do governador Wilson Witzel em utilizar essa nova forma de realizar disparos a distância, por meio de drones, em operações no Rio de Janeiro.

Urge frisar, que o tema da presente pesquisa está pautado nos drones, desse modo, a ótica do Direito serve como partícipe fundamental do trabalho. Sendo os óbitos uma consequência lógica das incursões policiais com essa ferramenta atual, é cerne verificar se há amparo legal no Código Penal que viabilize o enquadramento dos policiais responsáveis pelo controle a distância desta, em excludente de ilicitude referente a legítima defesa de terceiros.

É importante mencionar que o legislador brasileiro não positivou essa hipótese, conforme depreende-se de uma análise sistêmica e teleológica da seara penal. Assim sendo,



demonstra-se sem razoabilidade interpretar de maneira tão extensiva os ditames legais, tendo em vista que as causas de justificação não têm por intuito amparar reações desproporcionais e mortes desnecessárias.

Sobreleva mencionar que, antes da implantação de Unidades de Polícia Pacificadoras as comunidades viviam em constante confronto, pois a polícia entrava a tiros, saía e depois retornava, sem se manter fixada no local. Porém, essa ótica se transformou permitindo um diálogo entre o Estado e os moradores locais, objetivando ouvi-los para saber suas reais necessidades.

Contudo, as reflexões fundamentadas que se desenvolveram acerca do trabalho levaram a conclusão de que a utilização dos drones representam uma ameaça a população como um todo e um retrocesso na mentalidade acerca da Segurança Pública, já que os traficantes passam novamente a ser vistos como inimigos e a cooperação popular com o Estado dá lugar ao medo, tendo em vista que no lançamento de projéteis por meio de drones há dificuldade em discernir quem é ou não o “alvo”.

É inegável a necessidade de estudo suplementar para uma compreensão integral do tema em comento, porém, a presente pesquisa serve de estímulo a futuras investigações na área.

REFERÊNCIAS

ANAC. *Requisitos Gerais para veículos aéreos não tripulados e aeromodelos*. Disponível em: < <https://www.anac.gov.br/participacao-social/audiencias-e-consultas-publicas/audiencias/2015/aud13/anexo1.pdf> >. Acesso em: 10 fev. 2019

BARROSO, Luís Roberto. Forças Armadas e Ações de Segurança Pública: Possibilidades e limites à luz da Constituição. In: *Revista de Direito Processual Geral*. Rio de Janeiro. Parecer n° 02/2007, n° 62.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2019.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 mai. 2019.

_____. *Projeto de lei Anticrime*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

COSTA, Darc. *Visualizações de Guerra Assimétrica*. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/pt/document/read/12588319/visualizacoes-da-guerra-assimetrica-darc-costa>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

GRECO, Rogério. *Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*. 3 ed. Niterói: Impetus, 2011.

LEAL, Fernando D' Eça. *A guerra irregular – A conspiração do silêncio no século XXI?* Disponível em: <<https://www.revistamilitar.pt/artigo/671>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

MERTENS, Fábio Alceu. *O Direito Fundamental a Segurança Pública e o serviço público de Segurança Pública no ordenamento jurídico nacional*. Santa Catarina: Universidade do Vale do Itajaí, 2007.

SOUZA, Claudio Pereira Neto de. *A Segurança Pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas*. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/Seguranca_Publica_na_Constituicao_Federal_de_1988.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

PEREIRA, Daniela Silva. *Drones: A história por trás desta nova era tecnológica*. Disponível em: <<https://www.aerodronebrasil.com/2017/09/27/drones-historia-por-traz-desta-nova-era-tecnologica/>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

REZENDE, Rodrigo Montezel Côrrea. *Drones: regulamentação e os impactos na Segurança Pública*. Universidade do Sul de Santa Catarina. Palhoça. 2018.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral. [e-book.]* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

SÁ, Maurício Bruno. *Terrorismo como a nova esfinge: decifra-me ou te devoro*. In: Tópicos Especiais, 2013, EGN, Defesa e Gestão Estratégica Internacional. Rio de Janeiro: UFRJ, 2013.

SOARES, Luiz Eduardo. A política nacional de Segurança Pública. *Revista Estudos Avançados*, v.21, n° 61, 2007.



A FUNCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS SOB A ÓTICA DAS COTAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Amanda de Andrade Caputo Tejo

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – A funcionalidade das ações afirmativas sob a ótica das cotas para pessoas com deficiência. O objetivo do presente trabalho é analisar a aplicação e implementação das cotas para pessoas com deficiência tanto no setor público quanto privado. As cotas, que funcionam como principal instrumento das ações afirmativas, reconhecidas como constitucionais pelos Tribunais Superiores, são fundamentais na inclusão das pessoas com deficiência e na efetivação do princípio da igualdade na sua vertente material. A funcionalidade das cotas, para além de cumprimento dos deveres constitucionais e legais, é forma de garantir que a sociedade esteja acostumada e preparada para lidar com todos os tipos de diferenças. Busca-se também abordar as alterações feitas pela entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que deu novos contornos a tutela legal dessa parcela da população.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Ações afirmativas. Pessoa com Deficiência. Cotas. Igualdade Material.

Sumário – Introdução. 1. A importância das cotas para pessoas com deficiência. 2. Análise do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015, e os direitos fundamentais nele garantidos sob a ótica da inclusão. 3. A releitura das cotas para pessoas com deficiência sob a ótica da igualdade material e garantia de um convívio essencial com as diferenças. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de trazer à baila a reflexão sobre a funcionalidade das ações afirmativas sob a ótica das cotas para pessoas com deficiência. Muito se fala sobre a necessidade de implementação das ações afirmativas como solução imediatista da marginalização, do preconceito e desigualdade sofridos por pessoas de baixa renda, negros e pardos. Entretanto, as pessoas com deficiência são pouco lembradas, em que pese também mereçam o referido tratamento diferenciado.

Numa tentativa de dar maior proteção e respaldo para os portadores de necessidades especiais, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Brasileira de Inclusão), em vigor desde 2016, garante uma série de direitos relacionados à acessibilidade, educação e saúde, além de estabelecer punições para atitudes discriminatórias.

Existem barreiras de diversas naturezas que afetam significativamente as pessoas com deficiência no acesso aos mais variados ambientes sociais. Tal condição despertou,

portanto, a necessidade de se criar a Lei de Inclusão, que tem a finalidade de colocá-las em nível de igualdade social, priorizando questões como conscientização e educação.

Dessa maneira, é de suma importância realizar uma releitura sobre as ações afirmativas, encarando o funcionalismo das mesmas sob a ótica das pessoas com deficiência. As cotas, como principal vertente das referidas ações, garantem não só o respeito aos direitos legalmente previstos, mas principalmente a superação do preconceito, a partir da inclusão que elas impõem a sociedade.

A relevância da matéria está na necessidade de se garantir o respeito as previsões legais que visam a diminuição da desigualdade institucionalmente enraizada na sociedade. Isso porque em que pese as leis representem o instrumento necessário para a efetivação dos direitos, nem sempre ela resulta na igualdade material idealizada.

Apesar da recente regulamentação consubstanciada na Lei da Inclusão, quando se trata de ações afirmativas e mais especificamente das cotas, o resguardo principal refere-se as desigualdades sociais e raciais presenciadas, mas pouco se argumenta o efeito que elas trazem quando remetidas às pessoas com deficiência.

Assim, apesar do amplo debate das cotas como ações afirmativas, o intuito principal é demonstrar o impacto que a obrigatoriedade da inclusão causa na sociedade. A releitura dos direitos das pessoas com deficiência a partir da entrada em vigor da nova Lei da Inclusão e a efetividade dos preceitos constitucionais protetivos dão o norte da referida discussão.

Dessa forma, no primeiro capítulo, o intuito é debater as cotas para pessoas com deficiência, visto que muito se fala sobre tais ações afirmativas voltadas para a diminuição das desigualdades racial e social, mas pouco se discute sobre a necessidade de oportunizar as pessoas com necessidades especiais um tratamento igualitário.

No segundo capítulo, será feita uma análise da Lei nº 13.146/2015, que trouxe uma releitura sobre os direitos básicos relacionados as pessoas por ela protegidas, sob a ótica de garantir a diminuição da desigualdade e a necessidade de se discutir a real inclusão, que, em que pese prevista formalmente, nem sempre se materializa.

O terceiro capítulo visa defender uma nova leitura das cotas, que pretendem não só garantir a aplicação dos princípios básicos conferidos pela CF/88, mas conferir a igualdade material nela assegurada. As medidas aqui defendidas representam um remédio desenvolvido para dar a população o convívio essencial com as diferenças, oportunizando que as mesmas sejam superadas com o passar do tempo.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende anunciar um conjunto de proposições hipotéticas, acreditando serem

viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

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

1. A IMPORTÂNCIA DAS COTAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Pode-se resumir as ações afirmativas como políticas focais que alocam recursos em benefício de pessoas pertencentes a grupos discriminados e vitimados pela exclusão socioeconômica. Trata-se de medidas que têm como objetivo combater discriminações étnicas, raciais, religiosas, de gênero ou de casta, aumentando a participação de minorias no processo político, no acesso à educação, saúde, emprego, bens materiais, redes de proteção social e/ou no reconhecimento cultural.

Existem diversas medidas que são classificadas como ações afirmativas como o incremento da contratação e promoção de membros de grupos discriminados no emprego e na educação por via de metas, cotas, bônus ou fundos de estímulo; bolsas de estudo; empréstimos e preferência em contratos públicos; determinação de metas ou cotas mínimas de participação na mídia, na política e outros âmbitos; reparações financeiras; distribuição de terras e habitação; medidas de proteção a estilos de vida ameaçados; e políticas de valorização identitária.

Nesse contexto, a ação afirmativa se diferencia das políticas puramente anti-discriminatórias por atuar preventivamente em favor de indivíduos que potencialmente são discriminados, o que pode ser entendido tanto como uma prevenção à discriminação quanto como uma reparação de seus efeitos.

No debate público e acadêmico, a ação afirmativa assume um significado mais restrito, sendo entendida como uma política cujo objetivo é assegurar o acesso a posições sociais importantes a membros de grupos que, na ausência dessa medida, permaneceriam excluídos. Nesse sentido, seu principal objetivo seria combater desigualdades e dessegregar as elites, tornando sua composição mais representativa do perfil demográfico da sociedade.¹

¹IESP UERJ. *O que são ações afirmativas*. Disponível em: < <http://gema.iesp.uerj.br/o-que-sao-acoes-afirmativas/>>. Acesso em: 1 set. 2019.

Em todos os contextos sociais e políticos em que foram implantadas, as ações afirmativas se basearam em três justificações básicas: reparação, justiça social e diversidade. No Brasil também são assim entendidas, sendo, entretanto o argumento da diversidade o menos popular. Talvez por isso, no que se refere às cotas, muito se fale sobre a necessidade de inclusão racial, deixando de lado outros grupos também discriminados.

Tais justificativas se baseiam em diferentes fontes argumentativas voltadas para diversos tipos de beneficiários. A reparação figura como a mais popular delas, e se funda no conhecimento de que uma injustiça profunda foi cometida no passado e, portanto, medidas reparatórias devem ser tomadas para dirigir tal injustiça. Talvez por figurar como argumento mais popular é que a necessidade de diminuir a desigualdade racial seja sempre o foco.

Sob a ótica das pessoas com deficiência, dentre todos os argumentos cabíveis a justificarem o implemento de ações afirmativas, o que mais se adequa seria o da diversidade, segundo o qual todos os seguimentos sociais devem estar representados nas instituições de prestígio, afluência e poder em uma sociedade verdadeiramente democrática.

Esse argumento, de origem norte americana e não muito comum no Brasil, tem duas interpretações possíveis. A primeira é simular à de justiça social, ou seja, o alijamento sistemático de um grupo social em si já constitui uma injustiça. A segunda é baseada na ideia de que a diversidade contribui para a qualidade das próprias instituições que a promovem. O ensino universitário por exemplo seria enriquecido pela inclusão de pessoas com diferentes histórias de vida, que até então estavam ausentes desse espaço.²

Nesse contexto, visando a diversidade e a garantia de inclusão a essa parcela da sociedade esquecida inclusive nos debates político-sociais, a lei reservou vagas para pessoas com deficiência em concursos públicos. A legislação que criou a Lei de Cotas, Lei nº 8.213/1991³, tem praticamente a mesma idade da Lei nº 7.853, de 1989⁴, que foi a primeira a recomendar a criação de reserva de mercado de trabalho nas entidades da administração pública e nas empresas do setor privado.

Em 1990, a Lei nº 8.112⁵, que instituiu o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabeleceu a reserva de até

²BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Apresentacao_STF_Joao_Feres_Junior.pdf>. Acesso em: 1 set. 2019.

³BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 14 out. 2019.

⁴BRASIL. *Lei nº 7.853*, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 14 out. 2019.

⁵BRASIL. *Lei nº 8.112*, de 11 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 14 out. 2019.



20% das vagas oferecidas em concursos para as pessoas com deficiência. E em 1991, a Lei nº 8.213, que dispõe sobre os benefícios da Previdência Social, determinou que as empresas com 100 empregados ou mais estão obrigadas a preencher de 2% a 5% de seus cargos com pessoas com deficiência, a chamada Lei de Cotas.⁶

A Lei nº 8.213 de 1991⁷, que, dentre outros objetivos, pretendia aumentar o número de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Sabe-se que essas pessoas historicamente foram excluídas, mesmo tendo condições de contribuir com seu valor e sua competência para as empresas. O principal papel da Lei e da consequente fiscalização que ela impõe é servir como instrumento de conscientização, já que a obrigatoriedade de contratar pessoas com deficiência contribui para a criação de um mercado de trabalho inclusivo e democrático, pensado para todos.⁸

Cumprir ressaltar que o preenchimento de parcela das vagas por pessoas com deficiência vem previsto na Constituição Brasileira, em seu artigo 37. O inciso II⁹ do referido diploma legal prevê a necessidade de concorrência dos candidatos em igualdade, enquanto que o inciso VIII¹⁰ preceitua que ‘a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão’. Dessa forma, a garantia de inclusão dos portadores de deficiência no setor público e privado é mais do que legal, mas constitucional.¹¹

Por todo exposto, em que pese o debate envolvendo a efetivação das ações afirmativas por meio das cotas se fixe mais na necessidade de reparação da desigualdade racial gritante, há que se ressaltar a importância das demais camadas da população que também sofrem com a discriminação.

As cotas infelizmente são vistas como uma obrigatoriedade na sociedade, mas por trás de toda a necessidade de se cumprir as determinações legais, está a funcionalidade que as mesmas possuem. O intuito das ações afirmativas, por meio das cotas, é fazer com que as pessoas com deficiência não só tenham oportunidades em igualdade de condições, mas

⁶IBDD. *Notícias*. Disponível em: <http://www.ibdd.org.br/noticias/noticias-informe-92%20lei%20reserva%20vagas.asp> Acesso em: 1 set. 2019

⁷BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

⁸IOICIAL. *Lei de Cotas*. Disponível em: <https://isocial.com.br/legislacao-lei-de-cotas.php>. Acesso em: 1 set. 2019.

⁹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 set. 2019.

¹⁰BRASIL. op. cit., nota 8.

¹¹JUS.COM. *Da reserva de vagas aos candidatos portadores de deficiência nos concursos públicos*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29900/da-reserva-de-vagas-aos-candidatos-portadores-de-deficiencia-nos-concursos-publicos>. Acesso em: 14 out. 2019.

principalmente tornar as diferenças algo menos incomum. Quanto maior o convívio, maior será a facilidade de ambientação tanto dos portadores de deficiência quanto para quem não as possui.

A ideia da inclusão vai muito além de oportunizar condições igualitárias para todos, mas mais que isso, visa normalizar perante a população, situações comumente discriminatórias diante das diversas deficiências existentes. Quanto maior o contato com as pessoas portadoras de deficiência, maior a facilidade de incluí-las, atentando não apenas para o cumprimento legal, mas principalmente para as reais qualidades que elas possuem.

2. ANÁLISE DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, LEI Nº 13.146/2015, E A RELEITURA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NELE GARANTIDOS SOB A ÓTICA DA INCLUSÃO

A primeira referência de peso à inclusão na legislação é bastante antiga, está na nossa Constituição de 1988¹², onde estão descritos alguns dos deveres mais básicos do Estado, tais como oferecer transporte acessível, educação especializada no ensino regular e garantir a proteção das pessoas com deficiência.

Após 27 anos, entrou em vigor no país a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência¹³ também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. A nova legislação, que tem como princípio a inclusão social e a cidadania, traz avanços importantes como a garantia de melhor acesso à saúde e à educação e prevê punições para condutas discriminatórias.

A denominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência¹⁴ foi sancionada em julho de 2015, retratando a preocupação com a história relacionada a essa parcela da população e principalmente visando a efetividade da proteção necessária a tais pessoas. A referida lei entrou em vigor em 02 de janeiro de 2016 com grandes alterações e inovações, conforme se observará a seguir.

A principal discussão a respeito do Estatuto cinge-se a respeito da produção de efeitos, ou seja, se representam na prática a necessária inclusão social ou um retrocesso. Os filiados a esta doutrina defendem que o novo regulamento representa um retrocesso porque

¹²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2019.

¹³BRASIL. *Lei nº 13.146*, de 06 de julho de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 01 set. 2019.

¹⁴BRASIL, op cit., nota 2.

retira garantias já conquistadas. No que se refere, portanto, ao direito adquirido, a rediscussão sobre o que já estava assegurado traria prejuízos.¹⁵

De outro lado, os defensores da nova legislação sustentam que a mudança não traz nenhum prejuízo, representando apenas melhorias referentes a inclusão social sem que os direitos já conquistados sofram nenhum abalo, sendo apenas adaptados como forma de garantir os direitos fundamentais previstos no diploma legal.

Cumprе esclarecer que a origem da inovação legislativa se deu após a convenção internacional da qual o Brasil é signatário¹⁶. A convenção sobre o direito das pessoas com deficiência foi assinada em Nova Iorque, Estado Unidos, em 30 de março de 2007, e tinha como objetivo a proteção, promoção e exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, por todas as pessoas com deficiência.

A doutrina tradicional pátria como Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald mencionam que o propósito da Convenção foi promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência promovendo assim o respeito pela sua dignidade inerente.¹⁷

Diante das alterações ocorridas na legislação infraconstitucional, cumpre salientar as principais mudanças que enaltecem a controvérsia doutrinária sobre os efetivos efeitos produzidos pelo Estatuto. Enfatiza-se, por exemplo, a nova regulamentação a respeito da capacidade civil. Os artigos 3º e 4º do Código Civil¹⁸ foram modificados e, no plano civil, a regra passou a ser a capacidade do deficiente, sendo considerado absolutamente incapaz apenas os menores de 16 anos. Em suma, aqueles que não podem exprimir sua vontade por causa transitória passam a ser considerados relativamente incapazes.

Além disso, como a regra passou a ser a da capacidade limitada, correm a prescrição e decadência contra os deficientes mentais regularmente, o que não acontecia antes da vigência do novo diploma legal. No mesmo sentido, não mais prevalece a regra da subsidiariedade, em se tratando se obrigação de indenizar, permitindo que o deficiente mental responda diretamente com seus bens.

¹⁵JUSBRASIL. *Análise crítica do estatuto da pessoa com deficiência*. Disponível em: <<https://essandim.jusbrasil.com.br/artigos/596688299/analise-critica-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-lei-13146-2015>>. Acesso em: 14 out. 2019.

¹⁶BRASIL. *Decreto n° 6.949 de 25 de agosto de 2009*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 01 set. 2019.

¹⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 4.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p.332.

¹⁸BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 set. 2019.

Dentre as mudanças, ressalta-se ainda a alteração do instituto da curatela, que era regra para os deficientes mentais. Conforme artigo 84 do Estatuto¹⁹, a curatela passa a ter caráter excepcional, compreendendo apenas aspectos patrimoniais e negociais, conservando-se a autonomia do deficiente em relação a seu próprio corpo, sexualidade, matrimônio, educação, saúde e voto²⁰.

Cumprido ressaltar ainda a inserção do parágrafo 2º no artigo 228 do Código Civil²¹, que passa a admitir os deficientes como testemunhas, em igualdade de condições com as demais pessoas, assegurando-lhes todos os recursos de tecnologia assistida.

O Estatuto trouxe ainda a previsão de o portador de deficiência mental em idade núbil poder contrair matrimônio ou união estável, constituindo família, expressando sua vontade diretamente ou por meio de responsável ou curador, nos moldes do artigo 1550, parágrafo 2º do Código Civil²². Pode também exercer a guarda e adoção, como adotando ou adotante em igualdade com as demais pessoas, conforme artigo 6º, VI do Estatuto.

A nova lei passa a assegurar também o direito de votar e ser votado, com a garantia de acessibilidade no local de votação, bem como a possibilidade de o deficiente ser assistido por pessoa de sua escolha no momento do voto. É garantido a ampla acessibilidade as propagandas e debates eleitorais, como, por exemplo, intérprete de libras.

Dessa forma, em que pese exista muito debate acerca das reais consequências da produção de efeitos da lei, de um modo geral, a Lei nº 13.146/2015²³ é considerada um avanço social, visto como representativa da luta por uma sociedade igualitária em que todos são considerados capazes podendo e devendo usufruir de direitos e deveres.

Nos moldes da lei, a deficiência é um impedimento duradouro físico, mental ou sensorial, que não induz, em princípio, a qualquer forma de incapacidade, apenas a uma vulnerabilidade, pois a garantia de igualdade reconhece uma presunção geral de plena capacidade a favor das pessoas com deficiência.

Destaca-se ainda que o Estatuto da pessoa com deficiência aborda temas importantes, como acesso universal e igualitário a saúde para essa parcela da população, por meio do SUS, com informações adequadas e acessíveis conforme artigo 18 da supramencionada lei²⁴. Além disso, oferta tecnologias assistidas, que ampliem as habilidades dos estudantes nas escolas, conforme previsão do artigo 18-XII, ou auxiliem nos processos seletivos e permanência nos

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁰ROSENVALD, Nelson. *Curatela. Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p.755.

²¹BRASIL, op. cit., nota 6.

²²BRASIL, op. cit., nota 6.

²³BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 2.

cursos da rede pública e privada, nos moldes do artigo 30-IV. Garante-se também o acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas, no artigo 28-XIII, e o direito ao trabalho em ambientes acessíveis e inclusivos em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, conforme artigo 34, da Lei nº 13.146/2015²⁵.

Dessa forma, resta claro que o intuito do Estatuto é de prestigiar as diferenças inerentes às pessoas com deficiência, de forma a garantir não só a fruição natural de seus direitos e deveres, como priorizar a igualdade de tratamento em todas as searas da vida. A igualdade, princípio fundamental garantido constitucionalmente, só resta integralmente respeitada quando da transcendência desse princípio para o plano material.

3. A RELEITURA DAS COTAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA SOB A ÓTICA DA IGUALDADE MATERIAL E GARANTIA DE UM CONVÍVIO ESSENCIAL COM AS DIFERENÇAS

O artigo 5º, caput da Constituição Federal de 1.988²⁶ traz expressamente o princípio da igualdade, que deve ser lido, especialmente, na sua face positiva ou material, em que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. A Constituição Federal²⁷, no que se refere a tal princípio dispensa qualquer outra norma para lhe dar a efetividade necessária, uma vez que o referido artigo da Carta Magna é norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata.

Nesse contexto, a Convenção Internacional da ONU sobre as Pessoas Com Deficiência²⁸ prevê como direito fundamental a necessidade de adaptação razoável de modo a possibilitar a contratação, em atendimento a necessidade de se cumprir a igualdade material internacionalmente prevista, com o objetivo de eliminar a discriminação.

Além disso, a Constituição Brasileira também prevê em seu artigo 7º, inciso XXXI²⁹, a proibição de toda e qualquer discriminação no que se refere aos critérios de admissão do trabalhador e fixação de salários por ser portador de deficiência, também em atendimento a efetividade que precisa ser dada ao princípio da igualdade.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁶BRASIL. op cit, nota 9.

²⁷BRASIL. op cit, nota 9.

²⁸BRASIL. *Decreto nº 6.949*, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

²⁹BRASIL. op cit., nota 1.

Assim, a acessibilidade é direito fundamental das Pessoas Com Deficiência, sendo imprescindível a implementação de condições indispensáveis para a efetiva inclusão em todo e qualquer local, público ou privado, dentro ou fora do ambiente de trabalho.

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a erradicação da pobreza, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação. A Constituição Brasileira³⁰, que tem como núcleo fundamental a dignidade da pessoa humana, traz previsão de que toda espécie de discriminação é odiosa e não contribui para o desenvolvimento social.

Na prática, o que contribui para a exclusão das pessoas com deficiência nos mais diversos âmbitos é a maneira como cada sociedade, ao longo da história, conduziu suas atitudes quanto as incapacidades durante a convivência social. Esse perfil comportamental da sociedade, em todos os continentes, varia ao longo do tempo, não havendo homogeneidade de tratamento.

Apesar disso, é comum a construção de uma sociedade baseada em perfis pessoais considerados “normais”, ocasionando a exclusão das pessoas portadores de deficiência do convívio social. Entretanto, há fortes indícios de que nossos ancestrais em algumas localidades buscavam integrar as pessoas com deficiência aplicando técnicas que possibilitavam a convivência social. Assim, pode-se afirmar que apesar da patente existência da discriminação, a sociedade se preocupou em alguns momentos, com a inclusão.

Na eliminação das barreiras sociais, as ações sempre foram tímidas, evoluindo muito pouco com o passar do tempo. Entretanto, o exemplo que melhor traduz a igualdade material a ser concretizada às pessoas com deficiência, são as ações afirmativas. Tais medidas tem como características a especialidade e a temporariedade, determinadas pelo estado com o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas.

As ações afirmativas, sejam espontâneas ou compulsórias, garantem a igualdade de oportunidades e tratamento, compensam perdas provocadas pela patente discriminação e marginalização, decorrente de motivos diversos como religiosos, de gênero, raciais e étnicos. Precipuamente, elas visam combater os efeitos negativos acumulados por essa parcela da sociedade.

Nesse contexto, a reserva legal de cargos é conhecida como Lei de Cotas, que estabelece a obrigatoriedade de as empresas com cem ou mais empregados preencherem uma

³⁰ Ibid.



parcela de seus cargos com pessoas portadoras de deficiência, conforme artigo 93 da Lei nº 8.213/91³¹.

Além disso, a necessidade de se destinar uma parte das vagas funcionais a tais pessoas, também possui previsão constitucional. Isso porque o artigo 37 da Constituição Brasileira³² determina que se reserve um percentual dos empregos públicos a pessoas com deficiência.

Devido a essa recomendação constitucional, um tanto imprecisa, foram necessárias novas medidas legais. Em 1990, a Lei 8.112³³ estabeleceu um teto de 20% dos cargos para indivíduos que se enquadrassem na categoria. A regra passou a valer para autarquias, fundações públicas e outras entidades federais.

Já em 1999, o decreto 3.298³⁴ regulamentou que pessoas com deficiência tem o direito de se inscreverem em concursos públicos, em “igualdade de condições com os demais candidatos”. O número de vagas e as possíveis adaptações para a realização da prova devem constar no edital, sendo reservadas pelo menos 5% das posições em aberto para esse público.

Além de não atender a igualdade material, também representa ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que as empresas deixem de efetuar as mudanças necessárias para viabilizar a adaptação desses profissionais. Isso porque o intuito é fazer com que os demais profissionais se acostumem e se habituem com as diferenças, tornando o convívio cada vez mais natural.

É exatamente isso que a inclusão pressupõe, ou seja, que os portadores de deficiência deixem de ser encarados como pessoas que precisam ser lembradas pelas normas legais para terem igualdade na sociedade e passem a ser vistas como a massa populacional, detentores de direitos e deveres como todos os demais.

As organizações não olham para a contratação de pessoas com deficiência de forma estratégica, como geralmente fazem na hora de admitir pessoas sem tais necessidades especiais. A Lei de Cotas³⁵ acaba sendo uma obrigação e não uma oportunidade de construir um ambiente mais diversos.

Acontece que a funcionalidade das contas vai muito além do mero cumprimento do dever imposto constitucionalmente por meio do expresso princípio da igualdade material, ou

³¹BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

³²BRASIL, op cit., nota 1.

³³BRASIL. *Lei nº 8.112*, de 11 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

³⁴BRASIL. *Decreto nº 3.298*, de 20 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

³⁵BRASIL, op cit., nota 6.

das previsões infralegais das legislações acima mencionadas. Se encaradas de forma correta, além de traduzir o respeito as diversidades, contribui para uma mudança de perspectiva social.

Enquanto o senso coletivo não abraçar a ideia de que a inclusão é necessária e fundamental para a diminuição da desigualdade, as ações afirmativas e demais medidas implementadas servirão apenas para dar efetividade as normas positivadas, desvirtuando-se do intuito maior que é promover a normalidade com que o assunto deve ser tratado.

O mero cumprimento das determinações legais não necessariamente atinge o objetivo do legislador. A funcionalidade das cotas é dar habitualidade ao convívio social, fazendo com que a coletividade assimile as diferenças de uma forma natural, sem de fato enxergarem deficiências, ou enxergarem com naturalidade.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou, como problemática essencial, a necessidade de efetivação das políticas públicas previstas para promoção da inclusão de parcela da população que é constantemente marginalizada. Para além do mero cumprimento das determinações legais e constitucionais de promoção do combate a desigualdade, o intuito das cotas como ações afirmativas que são, é dar a sociedade a obrigação de conviver em igualdade de condições com as pessoas com deficiência.

Demonstrou-se a necessidade de comprometimento global não só em respeito aos direitos fundamentais garantidos a todos, mas principalmente, em razão da importância de um olhar cuidadoso para com as pessoas com deficiência, seja porque são resquício de uma coletividade desigual e capitalista, seja porque por si só já enfrentam dificuldades naturais que os colocam a margem da sociedade.

Ficou claro a constitucionalidade das ações afirmativas, resumidas como políticas focais que alocam recursos em benefício de pessoas pertencentes a grupos discriminados e vitimados pela exclusão socioeconômica, combatendo desigualdades e dessegregando elites, tornando sua composição mais representativa do perfil demográfico da sociedade. Isso porque em todos os contextos sociais e políticos em que foram implementadas, as ações afirmativas se basearam em três justificações básicas: reparação, justiça social e diversidade. Sob a ótica da pessoa com deficiência a justificação que mais se adequa seria a da diversidade, como defendido amplamente no presente artigo científico.

Com a entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, o intuito do legislador foi trazer avanços importantes como a garantia de melhor acesso a saúde



e a educação prevendo punições para condutas discriminatórias. A Lei foi sancionada em 2015, retratando a preocupação com o histórico dessa parcela da população e visando efetivar a proteção necessária a essas pessoas.

Ficou claro que apesar do debate, o Estatuto da Pessoa com Deficiência surtiu mais efeitos agregadores e inovadores do que na prática trazem a inclusão. Em que pese alguns autores defendam que haja um retrocesso nos direitos garantidos pela referida lei, as mudanças não trazem qualquer prejuízo, uma vez que os direitos já conquistados não sofreram nenhum abalo, sendo apenas adaptados como forma de garantir os direitos fundamentais previstos no diploma legal e na Constituição Federal.

Nesse sentido, o intuito da nova lei é prestigiar as diferenças inerentes as pessoas com deficiência, de forma a garantir não só a fruição natural de seus direitos e deveres, como priorizar a igualdade de tratamento em todas as searas da vida. A igualdade, princípio fundamental garantido constitucionalmente, só resta integralmente respeitada quando da transcendência desse princípio para o plano material.

O que contribui na prática para a exclusão dessa parcela da população nos mais diversos âmbitos é a maneira como cada sociedade, ao longo da história, conduziu suas atitudes frente às incapacidades observadas na convivência social. Na eliminação das barreiras sociais, as ações sempre foram tímidas e pouco efetivas, passando a se valorizar a força das cotas quando estas surgem no contexto da necessária inclusão.

As cotas têm como características a especialidade e a temporariedade, determinadas pelo estado com o objetivo de eliminar as referidas desigualdades historicamente acumuladas. Por este motivo, as ações afirmativas, sejam elas espontâneas ou compulsórias, garantem igualdade de oportunidades e tratamento e compensam as perdas provocadas pela patente discriminação e marginalização sofridas pelos grupos vulneráveis.

Assim, a inclusão pressupõe que os portadores de deficiência deixem de ser encarados como pessoas que precisam ser lembradas pela compulsoriedade da norma, para serem vistas como detentores de direitos e deveres como os demais. As cotas são uma forma de forçar que o convívio com as diferenças de modo que a sociedade se acostume e se habitue com as diferenças, tornando o que era mero cumprimento normativo, algo natural e defendido por todos.

Nesse sentido, fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar a conclusão que a funcionalidade das cotas para pessoas com deficiência é trazer naturalidade ao senso coletivo, fundamental para diminuição das desigualdades que por si só já segregam essa parcela da população. O mero cumprimento das

determinações legais não necessariamente atinge o objetivo do legislador, que de forma ampla tenta preservar os direitos constitucionalmente previstos. O intuito é trazer habitualidade ao convívio social, fazendo com que a coletividade assimile as diferenças de forma natural.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto n° 6.949*, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 01 set. 2019.

_____. *Lei n° 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. *Lei n° 13.146*, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública sobre Políticas de Ação Afirmativa de Reserva de Vagas no Ensino Superior*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Apresentacao_STF_Joao_Feres_Junior.pdf>. Acesso em: 1 set. 2019.

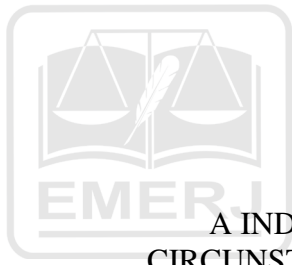
FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p.332.

IBDD. *Notícias-informes*. Disponível em: <http://www.ibdd.org.br/noticias/noticias-informe-92%20lei%20reserva%20vagas.asp>>. Acesso em: 1 set. 2019.

IESP UERJ. *O que são ações afirmativas*. Disponível em: <<http://gema.iesp.uerj.br/o-que-sao-acoes-afirmativas/>>. Acesso em: 1 set. 2019.

IOICIAL. *Lei de Cotas*. Disponível em: <<https://isocial.com.br/legislacao-lei-de-cotas.php>>. Acesso em: 1 set. 2019.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p.755.



A INDISPENSABILIDADE DA INCIDÊNCIA DO FEMINICÍDIO COMO CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA DO HOMICÍDIO: ASPECTOS PRÁTICOS

Amanda de Calazans Carmo Sotero

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Dom Pedro II. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – A violência contra a mulher é um retrato da discriminação de gênero, mostrando-se um lamentável e recorrente fato que se apresenta de diversas formas, há séculos, no Brasil e no mundo. A Lei nº 13.104/2015 é resultado de muita luta dos movimentos feministas e introduziu a causa de aumento de pena do feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio ao artigo 121, do Código Penal, além de alterar o artigo 1º, da Lei nº 8.072/1990, encaixando-o no rol dos crimes hediondos. Sua promulgação vem contribuindo sobremaneira para o enrijecimento da sanção penal ao autor da agressão, favorecendo o desestímulo à prática de crimes de homicídio contra mulheres no âmbito da violência doméstica e familiar, bem como em razão do menosprezo ou discriminação à condição de mulher. O presente estudo busca analisar a relevância e a constitucionalidade da implementação da circunstância qualificadora, expondo os positivos reflexos e a importância do trabalho em rede na concretização de políticas públicas que defendem a vida da mulher.

Palavras-chave – Direito Penal. Feminicídio. Violência de gênero. Mulher.

Sumário – Introdução. 1. Violência de gênero: “pandemia global”. 2. Análise da constitucionalidade do feminicídio à luz do Princípio da Isonomia. 3. Articulação do trabalho em rede como forma de auxílio à Lei do Feminicídio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda as nuances que pairam a opção acertada do legislador em acrescentar o feminicídio como mais uma modalidade do crime de homicídio qualificado, buscando-se refutar as frágeis alegações de inconstitucionalidade que cercam a novidade legislativa.

O enfoque do trabalho é a temática que gira em torno da necessidade de manutenção da qualificadora do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro, como crime hediondo, tendo em vista que representa um importante avanço pela sua forma de auxiliar a efetivação da política de valorização da vida da mulher no Brasil. Objetiva-se, portanto, a defesa da constitucionalidade da qualificadora, haja vista que ela se adequa aos ditames da Carta Maior, conforme será demonstrado, bem como aos anseios da sociedade contemporânea brasileira, no que tange à concretização prática da preservação da mulher.

A figura do feminicídio decorre de uma inovação legislativa, trazida pela Lei nº 13.104/2015, que acrescentou o inciso VI, ao §2º, do artigo 121, do Código Penal, a qual se traduz como sendo modalidade de homicídio doloso praticado contra a mulher em decorrência da sua condição de pertencimento ao sexo feminino, revelando, portanto, total desprezo à dignidade da vítima enquanto mulher. Insta salientar que, anteriormente à edição da referida lei, a conduta era punida genericamente, na forma do delito de homicídio, inexistindo, assim, previsão de causa de aumento de pena para o fato de o crime ser cometido contra a mulher, por razões de gênero.

Trata-se de um tema cotidiano de extrema relevância social e jurídica, tendo em vista que a inclusão da forma qualificada se mostra uma medida significativa no combate à violência contra as mulheres, o que constitui um fenômeno social que persiste. Tipificar o feminicídio como uma modalidade de homicídio qualificado contribui para o aumento da visibilidade à grave questão, promovendo o alcance do reconhecimento social desse tipo de violação, estimulando a produção de estatísticas e de políticas de enfrentamento, bem como para que se desestime a reiteração de tal conduta aviltante.

Em sentido oposto, críticos apontam uma suposta inconstitucionalidade por conceder, a qualificadora, tratamento desigual às vítimas, em razão de seus gêneros, não conferindo tutela semelhante à vítima do sexo masculino, o que feriria, em tese, o Princípio da Isonomia, constitucionalmente assegurado. Ademais, alegam, ainda, a desnecessidade da tipificação do crime como feminicídio pelo fato de já haver a previsão legal do homicídio, o qual se mostraria suficiente.

Contudo, a partir do presente estudo, serão desmistificadas tais divergências de modo a deixar claros os motivos pelos quais se considera acertada a opção do legislador, bem como apontar-se-ão na jurisprudência os benefícios práticos refletidos pela novidade legislativa no decorrer do processo penal.

Nesse sentido, comprovar-se-á, no primeiro capítulo, que o Brasil é um dos países com maiores índices de violência contra a mulher no mundo e que, portanto, a tipificação do feminicídio se fez como medida necessária, sendo reflexo de uma conquista que decorre de décadas de luta pela efetivação dos direitos fundamentais das mulheres e pelo fim da violência de gênero.

Por sua vez, o segundo capítulo seguirá ponderando as controvérsias acerca da constitucionalidade da nova qualificadora e o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. Nele, serão realizadas análises e refutações dos argumentos contrários ao feminicídio, comprovando-se que sua inclusão ao Código Penal representa uma conquista.



Por fim, o terceiro capítulo examinará a relevância prática observada a partir de uma articulação do trabalho em rede como forma de contribuir com a eficácia da Lei do Feminicídio. Para tanto, serão apresentadas sugestões de medidas a serem implementadas por meio de elaboração de políticas públicas, as quais se mostram capazes de aumentar a proteção e a efetividade às ações que tutelam a vida da mulher, quando aliadas à legislação.

O objeto da presente pesquisa será abordado pelo método dialético, a fim de se proceder com uma análise que contribua para o avanço nos estudos acerca das polêmicas que envolvem o tema da tipificação do feminicídio. Para tanto, salienta-se que a abordagem do objeto da pesquisa será qualitativa, uma vez que a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, a qual será analisada ao longo da pesquisa, abordando-se legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes para sustentar a sua tese. Serão expostas especulações que, com base em análise de estudos, estatística e casos concretos, serão validadas e/ou, ao menos, contestadas.

1. VIOLÊNCIA DE GÊNERO: “PANDEMIA GLOBAL”

Recentemente, o secretário-geral da ONU, António Guterres, afirmou, em um evento em Nova Iorque, que “o mundo só se orgulhará de ser justo e igualitário quando as mulheres puderem viver livres do medo e da insegurança cotidiana”¹. A presidenta da Assembleia Geral das Nações Unidas, Maria Fernanda Espinosa, alertou que, no mundo, 35% das mulheres já sofreram algum tipo de violência física ou sexual, sendo que, em 38% dos casos de homicídio de mulheres, o assassino é um parceiro íntimo da vítima. Na ocasião, a autoridade máxima das Nações Unidas descreveu a violência de gênero como sendo uma “pandemia global”.

O “Atlas da Violência 2019”², elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), aponta que os dados descritos no relatório trazem evidências de um processo extremamente preocupante nos últimos anos: o aumento da violência letal contra públicos específicos, incluindo mulheres, nos casos de feminicídio.

¹ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Violência contra as mulheres é ‘pandemia global’, diz chefe da ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/violencia-contra-as-mulheres-e-pandemia-global-diz-chefe-da-onu/>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

²IPEA - Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas; FBSP - Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Atlas da violência 2019*. Rio de Janeiro, Ipea, 2019. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

Lamentavelmente, Brasil é o quinto país no mundo que mais mata mulheres em razão de seu gênero³, segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), estando à frente, inclusive, de países teocráticos islâmicos, nos quais as mulheres podem ser punidas com apedrejamento. Tal índice reflete a violência de gênero, decorrente de um processo histórico machista opressor, baseado em relações de poder patriarcal enraizado na cultura mundial, o qual precisa ser combatido veementemente.

Historicamente, as mulheres sempre conviveram com a falta de proteção a seus direitos e com a impunidade dos agressores, sendo a principal vítima da violência a mulher negra, nordestina e jovem, conforme apontam estudos da ONU Brasil⁴. Mostra-se necessário o constante aprimoramento dos mecanismos de enfrentamento a essa questão, a qual exige uma resposta abrangente, que permita se chegar à verdade dos fatos, de modo a assegurar a responsabilização dos autores dos crimes, contribuindo para a concretização da justiça.

A violência contra a mulher é uma realidade presente em todas as classes sociais existentes, desde os tempos mais primórdios, e pode ser cometida por diversos perpetradores, como parceiros, ex-parceiros, familiares e terceiros totalmente estranhos. Ademais, ela pode ser manifestada de diversas formas, em diferentes circunstâncias e por meio de diversos tipos de atos violentos, os quais englobam exemplos como as violações sexuais, físicas, econômicas e o terror psicológico, os quais frequentemente culminam na morte da mulher maltratada devido a sua condição feminina.

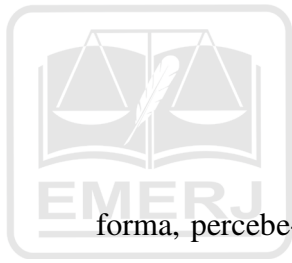
Especificamente no que tange à violência de gênero, também comumente chamada de violência intrafamiliar, violência contra a mulher e violência doméstica, trata-se de uma questão extremamente complexa, a qual perdura no tempo e se mostra degradante à integridade da mulher como pessoa humana.

Sabe-se que tais atos de violência são influenciados diretamente pela cultura, devendo, portanto, haver uma contínua reflexão e revisão que perpassem pelo ordenamento jurídico, já que os valores e as normas sociais evoluem com o decorrer do tempo.

As mulheres vivem em condição de nítida desigualdade social com relação aos homens, os quais frequentemente buscam reforçar a relação de dominação masculina e de subordinação feminina, reafirmando comportamentos possessivos e controladores. Dessa

³ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo*; diretrizes nacionais buscam solução. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-femicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

⁴Idem. *Mulheres nordestinas negras estão entre grupos mais vulneráveis a violência e pobreza, alerta ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mulheres-nordestinas-negras-estao-entre-grupos-mais-vulneraveis-a-violencia-e-pobreza-alerta-onu/>>. Acesso em: 19 nov. 2019.



forma, percebe-se que as mulheres são reduzidas e substancialmente afetadas, portanto, pelo simples fato de pertencerem ao gênero oprimido.

Muitas das conquistas legais, políticas e jurídicas obtidas se devem à atuação incansável do movimento feminista, que contribui significativamente, por meio de muita luta, intervenção, mobilização e quebra de paradigmas e tabus, para que os casos de violência sejam denunciados e solucionados, dando voz a milhões de mulheres constrangidas e completamente desamparadas que, até hoje, suportam violações caladas em seus lares.

Importante destacar que a mulher casada foi considerada relativamente incapaz até o ano de 1962, não podendo exercer profissão sem que houvesse autorização do marido (artigo 242, VII, do Código Civil de 1916⁵). Ainda, o Código Penal trazia termos discriminatórios, como “mulher honesta”, para distinguir as mulheres que teriam tutela penal. Se não fosse o bastante, houve uma sedimentação jurisprudencial no sentido de que o adultério cometido por mulheres casadas era considerado causa de excludente de antijuridicidade para o assassinato por seus maridos amparados na tese da “legítima defesa da honra”. Ademais, não se pode ignorar que durante muito tempo o marido não poderia ser punido por estuprar sua esposa, já que ele estaria agindo no “exercício regular de direito”, concretizando um dever conjugal.

Por meio da conscientização de gênero, o movimento segue pressionando o Estado para que aja e intervenha por meio de efetivação de ações concretas junto às vítimas. Lamentavelmente, a sociedade também culpabiliza a vítima de violência doméstica, fato esse que dificulta a realização de denúncias, uma vez que as vítimas frequentemente apresentam receio de serem mal interpretadas, culpabilizadas ou ignoradas por tudo o que sofreram.

A partir do aumento da visibilidade da questão, foram surgindo repercussões positivas no avanço para a compreensão do fenômeno e a busca pela erradicação da violência contra a mulher, retirando do tema o *status* reducionista que o considera uma questão de mero cunho familiar e que não deve extrapolar o cunho privado.

Insta salientar que a visibilidade dada ao fenômeno mostra-se como uma ferramenta essencial para a superação das relações de desigualdade, e ela pode ser alcançada por meio da divulgação de informações à população com a finalidade de romper com a naturalização da prática discriminatória, fundamentando, assim, as intervenções necessárias para que se evolua

⁵BRASIL. Lei n° 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 22 nov. 2019.

e se altere efetivamente tal cenário. Nesse sentido, vale mencionar as lições trazidas pelo livro “Feminicídio #invisibilidademata”⁶:

A questão do feminicídio deve ocupar a arena política e a mídia. Não é mais possível manter na invisibilidade suas sequelas e os graves prejuízos para toda a sociedade. O Estado, a mídia e a sociedade deveriam se submeter a uma reestruturação que estabeleça mecanismos de equidade, porque as verdadeiras transformações só acontecerão a partir do reconhecimento da capacidade das mulheres, cujas vivências, relatos, formas de agir e resistir têm sido ignorados nas políticas públicas, invisibilizados e subjugados no debate público.

A vigilância passiva dos casos que englobam violência doméstica geram grande impacto e custos ao setor de saúde. Recentemente, foi editada a Lei nº 13.871/2019⁷, alterando a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006⁸) de modo a estabelecer que o agressor doméstico deva ressarcir todos os danos causados, inclusive ao Sistema Único de Saúde com os valores despendidos em decorrência do atendimento à vítima.

Como se não bastasse, as consequências da violência vão além dos danos físicos e psicológicos desencadeados nas mulheres, estendendo-se em riscos para seus filhos. Há estudos⁹ que comprovam que, se expostos às cenas de violência contra suas mães no seio familiar, há probabilidade de os filhos desenvolverem tendências a quadros ligados à ansiedade, depressão, distúrbios de personalidade e atrasos na evolução cognitiva.

A literatura aponta que a intensidade dos sintomas se dava em função da gravidade da violência a qual presenciavam. Ademais, há uma ampliação significativa de reproduzirem as situações vividas, de modo que se evidenciou que a convivência com cenas de agressão poderá deixar a criança com maior propensão à vida criminosa.

O feminicídio é a etapa final da violência contínua à qual a mulher está constantemente submetida, ou seja, a vítima do feminicídio, muitas vezes, já vinha sofrendo uma série de abusos em diversos aspectos há algum tempo. Portanto, a partir da análise desse recorrente cenário, conclui-se que muitas mortes poderiam ser evitadas se as mulheres tivessem tido um apoio real e efetivo da sociedade e do Estado para fortalecerem sua autonomia e se libertarem com vida do ciclo violento.

⁶PRADO, Débora & SANEMATSU, Marisa. *Feminicídio: #Invisibilidademata*. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

⁷BRASIL. Lei nº 13.871, de 17 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13871.htm> Acesso em: 25 nov. de 2019.

⁸BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁹BOGAT, G.A.; DEJONGHE, E.; LEVENDONSKY, A. A.; DAVIDSON, W.W; EYE, A.V. *Trauma symptoms among infants exposed to intimate partner violence*. Child Abuse & Neglect, Oxford, v. 30, 2006, p. 109-125.

Para haver o efetivo enfrentamento dessa forma de violência, além de se dar visibilidade aos crimes de modo a abrir espaços de debate que envolva sociedade e Estado, é fundamental a manutenção, a ampliação e o aprimoramento das redes de apoio à mulher, as quais possuem previsão na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)¹⁰.

A referida lei não teve como escopo criminalizar condutas, mas, em decorrência de recomendação da Comissão Internacional de Direitos Humanos, trouxe importantes inovações processuais e extrapenais, como as medidas protetivas de urgência e de meios preventivos e assistenciais à mulher agredida, apresentando-se como um importante compilado de ferramentas que auxiliam na busca pelo progresso da efetivação dos direitos das mulheres.

A violência de gênero persiste como um grave problema e, a partir desse cenário, tem-se que a tipificação do crime de feminicídio, pela Lei nº 13.104/2015¹¹, representa um importante avanço na política pública brasileira, uma vez que essa lei classificou o crime como hediondo e trouxe agravantes para situações específicas de vulnerabilidade, tais como a violência ser cometida durante a gestação ou na presença dos filhos da vítima, contribuindo, portanto, para a desconstrução da cultura patriarcal e conservadora que alimenta a desigualdade de gênero e abastece a ocorrência da violência contra a mulher.

2. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO FEMINICÍDIO À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A mais evidente justificativa à criação do feminicídio decorre do assustador aumento da violência contra a mulher, bem como a posterior impunidade ligada a esses crimes. Cumpre destacar que a Lei nº 13.104/2015¹² não introduziu um novo tipo penal ao Código Penal¹³, pois, a rigor, o feminicídio é uma agravante do crime de homicídio, ou seja, circunstância específica que transforma o ato em homicídio qualificado e hediondo.

É tendência mundial atribuir criminalização específica com mais intensidade ao crime de feminicídio em diversos países, fato que pode ser observado inclusive na legislação de países latino-americanos, como Costa Rica, México, Argentina, Chile e Guatemala¹⁴.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 8.

¹¹BRASIL. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 16 abr. 2019.

¹²Ibidem.

¹³BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

¹⁴ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *CEPAL: 2,7 mil mulheres foram vítimas de feminicídio na América Latina e Caribe em 2017*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/cepal-27-mil-mulheres-foram-vitimas-de-feminicidio-na-america-latina-e-caribe-em-2017/>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

Muito se vem discutindo acerca da constitucionalidade decorrente da inserção do feminicídio no rol das qualificadoras do crime de homicídio e dos crimes hediondos, haja vista que os argumentos contrários apontam para o sentido de que a elaboração da lei beneficiou somente uma parte da sociedade em um suposto detrimento da outra. Ocorre que a criação de medidas que tutelam o gênero feminino, qualidade especial do sujeito passivo do crime, se faz necessária e não fere, de maneira alguma, a constitucionalidade da norma, haja vista que se trata de um instrumento que promove a igualdade em seu sentido material.

Para se iniciar uma tratativa acerca do feminicídio, é indispensável que se admita a existência da gritante desigualdade social nas condições entre os sexos feminino e masculino. Ignorar tal desnível de igualdade implicaria na sua desvinculação com o fenômeno em si.

Uma das críticas apontadas é a desnecessidade da tipificação do feminicídio, sob o argumento de que tal hipótese criminosa já encontrava suficiente resposta punitiva na legislação penal brasileira, pois qualquer homicídio praticado por motivo torpe, presente no artigo 121, inciso I, do §2º, do Código Penal¹⁵, já se enquadrava como sendo homicídio qualificado e hediondo. Logo, conforme os reacionários, a novidade legislativa teria mero viés simbólico, objetivando o inefetivo destaque ao desvalor da conduta para a sociedade.

Os críticos apontam, ainda, ocorrência de lesão à igualdade constitucional entre homens e mulheres e a perpetuação da vitimização delas, não sendo razoável a introdução, ao ordenamento jurídico brasileiro, de novas causas de aumento de pena, no recém alterado¹⁶ §7º, do artigo 121, do Código Penal¹⁷, capazes de elevá-las de 1/3 (um terço) até a metade, hipótese não passível de ocorrência em se tratando de homicídio qualificado praticado contra vítima do gênero masculino, em mesmas circunstâncias. Assim, a corrente aduz que se estaria promovendo tratamento desigual entre homens e mulheres pelo fato de a lei trazer inovações severas quanto às penas aplicáveis aos homens, além de apontarem uma suposta ineficácia da lei penal que vise à prevenção do assassinato de mulheres em razão de seu gênero.

A Constituição da República de 1988¹⁸, conhecida como “a constituição cidadã”, traz, no bojo de seu artigo 5º, o Princípio da Isonomia e confere a ele e a seus conseqüentários *status* de garantia constitucional. Importante lembrar que, até seu advento, o marido ainda era considerado o chefe da sociedade conjugal (artigo 233, do Código Civil de 1916¹⁹).

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 13.

¹⁶BRASIL. *Lei nº 13.771*, de 19 de dezembro de 2018. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13771.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 13.

¹⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 5.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC 19²⁰ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.424²¹, debateu acerca do tratamento penal e processual penal desigual atribuído a mulheres e homens no que tange à Lei Maria da Penha²². A Corte considerou constitucionais os dispositivos da lei, que confere o referido tratamento jurídico diferenciado, decidindo, após profundo debate, pela inexistência de violação ao Princípio da Isonomia. O Supremo Tribunal Federal se pronunciou acerca da desigualdade de gênero, entendendo que a atuação do Estado, no combate à violência em questão, encontra fundamento no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seu voto, que julgou pela procedência do pedido de declaração de constitucionalidade dos dispositivos, durante o julgamento da ADC 19²³, o Ministro e Relator Marco Aurélio apontou que:

Ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, utiliza-se o legislador de meio adequado e necessário visando fomentar o fim traçado pelo artigo 226, § 8º, da Carta Federal. Para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem contra homens em situação similar.

Sendo assim, é evidente que a criação da figura do feminicídio aperfeiçoa e atualiza o tipo penal do homicídio, de modo a reprimir de maneira mais veemente condutas que antes eram toleradas socialmente, mesmo que atacassem o direito à vida, bem jurídico primordial tutelado pelo Direito Penal. Diante disso, a linha seguida é no sentido de que a tipificação se faz necessária e se fundamenta na exigência imposta pela conferência de efetiva proteção às minorias sociais, nas quais a mulher se encaixa, deixando claro que o assassinato das mulheres em razão de seu gênero é algo extremamente intolerável e inaceitável.

Nessa esteira, leciona Masson²⁴, posicionando-se pelo reconhecimento da constitucionalidade do feminicídio e pela não violação ao Princípio da Isonomia:

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=217154893&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=245474001&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

²²BRASIL, op. cit., nota 8.

²³BRASIL, op. cit., nota 22.

²⁴MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal*. 10. ed., v. 2. São Paulo: Método, 2017, p. 48.

O legislador, ao criar a figura do feminicídio, seguiu a tendência mundial e estabeleceu uma ação afirmativa em prol das mulheres, historicamente submetidas ao domínio e à imposição dos homens, daí decorrendo abusos, sofrimentos e humilhação das mais variadas espécies. A propósito, o Supremo Tribunal Federal assim se pronunciou ao examinar a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, cujos fundamentos são idênticos aos da qualificadora em estudo.

Destarte, percebe-se que a importância de expressamente trazer o feminicídio para o Código Penal²⁵ é reprimir, na forma da lei, as mortes de mulheres em razão de seu gênero, escancarando a tão ignorada desigualdade de gênero. Ademais, trata-se de é um importante meio de se combater a impunidade, evitando que os assassinos de mulheres obtenham penas brandas em decorrência de interpretações jurídicas anacrônicas, como é o caso de obterem a benesse da aplicação da circunstância atenuante do “crime passional”, na segunda fase da dosimetria da pena.

Frente às circunstâncias que circundam tal cenário de violência contra a mulher, seguido de séculos de descaso para melhorar sua situação, verifica-se o tamanho da relevância e pertinência da codificação do crime de feminicídio, cuja finalidade é a de aplacar tais casos.

É incontestável o grande avanço promovido pela implementação da lei na luta por igualdade jurídica entre os sexos. Sendo assim, especificamente com relação à presente temática, faz-se necessário o caminhar do Direito Penal interventivo na espécie apresentada de conflitos sociais, qual seja, a violência doméstica, considerando-se que outros ramos do Direito mostrar-se-iam ineficientes para solucionar tal problema criado pela sociedade de riscos. Além disso, quando o legislador cria mecanismos próprios voltados à tutela da mulher, almeja a efetivação concreta dos princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal²⁶, contribuindo para a luta contra a cultura patriarcal e repressora que identifica a mulher como um objeto de posse, resguardando-a da brutalidade do autor da agressão.

Conclui-se, portanto, que os argumentos apresentados pela corrente reacionária não são razoáveis e o legislador buscou uma alternativa para compensar a discriminação e a opressão à mulher, o que legitima a intervenção penal para conferir direitos diferenciados de proteção jurídico-penal, dada a maior reprovabilidade do injusto decorrente do feminicídio e à condição de maior vulnerabilidade da mulher.

Quanto mais o feminicídio for repellido por meio de lei, no ordenamento jurídico brasileiro, atribuindo uma responsabilização direta pela pulverização dos assassinatos, mais políticas públicas de apoio surgirão, indo além do mero intuito de se penalizar, por meio de

²⁵BRASIL, op. cit., nota 13.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 18.



instrumentos que possibilitem a prevenção deste mal, com a sementeação do conseqüente respeito à dignidade da pessoa humana que independa do gênero.

Caso se considere chocante a criação de uma qualificadora exclusivamente aplicada com a finalidade de agravar a pena do feminicida, e se esse fato faz com que os críticos considerem a mulher privilegiada, mostra-se primordial destacar que tal medida, por si só, não é capaz de impedir que a mulher continue sendo vítima nas nuances sociais e que, apesar do avanço representado, não é mais possível, e nunca deveria ter podido ser, ignorar o cenário de morte, no qual a mulher tem sua dignidade tolhida por uma moral misógina tão cruel.

3. ARTICULAÇÃO DO TRABALHO EM REDE COMO FORMA DE AUXÍLIO À LEI DO FEMINICÍDIO

São grandes os desafios a serem superados para que haja a eficaz aplicação da Lei nº 13.104/2015²⁷. Por isso, é relevante haver a articulação do trabalho em rede para que sejam concretizadas políticas públicas de defesa da mulher em situação de violência doméstica. As medidas de políticas públicas e sociais, quando somadas à lei, podem contribuir significativamente para a redução e a prevenção dos crimes.

É perceptível que a lei, que torna o feminicídio uma qualificadora do crime de homicídio, por si só não se mostra suficiente para reduzir os índices de criminalidade. Faz-se necessário haver integração entre as normas e a efetivação de políticas públicas, especialmente as preventivas, que busquem o cessar da violência desde seu estado embrionário, contribuindo para a formação de uma rede de proteção integral à mulher, a qual englobe acompanhamento psicossocial, consultoria jurídica, assistência à saúde, e orientações e oportunidades para o alcance de sua autonomia financeira.

Assim sendo, é mister que se tome ciência de que a sociedade hodierna deve respeitar, proteger e promover o direito. Para isso, vale ressaltar que, segundo Costa & Porto²⁸, o debate provocado pela Lei Maria da Penha²⁹ abriu caminhos para que os atores sociais e o poder público discutissem as estratégias mais eficientes que possibilitassem enfrentar a violência contra a mulher. Ademais, uma sociedade manifesta constante evolução

²⁷BRASIL, op. cit., nota 11.

²⁸COSTA, M. M. M.; PORTO, R. *O feminicídio uma patologia socio jurídica nas sociedades contemporâneas: uma análise a partir do agir comunicativo de Habermas*. Disponível em: <https://www.academia.edu/28097201/O_Feminic%C3%ADdio_Uma_Patologia_Sociojur%C3%ADdica_Nas_Sociedades_Contempor%C3%A2neas_Uma_An%C3%A1lise_a_Partir_Do_Agir_Comunicativo_De_Habermas>. Acesso em: 10 mar. 2019.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 8.

à medida que valoriza em suas práticas comunicativas os princípios de dignidade humana e de integração multidisciplinar, que tornam o indivíduo, independentemente de seu gênero, destinatário dos direitos humanos.

Indo além, em seu livro³⁰, a juíza do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Adriana Ramos de Mello, traz que é necessária não somente a implementação das políticas públicas e sociais, mas também de um sistema judicial humanizado, preparado para as diferentes perspectivas de gênero. Deve haver avaliação de risco, elaboração de estratégias de articulação conjunta da rede, monitoramento das medidas deferidas pela Justiça, e acompanhamento psicossocial às vítimas e aos autores das agressões, os quais devem ser, além de responsabilizados, conscientizados, de modo a se evitar que reincidam no cometimento do crime, buscando-se seu rompimento com as relações de poder que, em suas mentes, estão legitimadas pelas funções estabelecidas para cada gênero.

Atualmente, o atendimento psicológico só é prestado à vítima quando ela, por meios próprios, consegue encontrar forças para seguir em busca ajuda. Apesar de haver a possibilidade de atendimento na rede pública de saúde, sabe-se que tal acesso nem sempre é alcançado de maneira facilitada e eficiente, o que causa ainda mais frustração. Os acompanhamentos psicológicos devem ser oferecidos às vítimas, de modo a conscientizá-las de seus direitos e fortalecê-las.

Sugere-se que seja realizada a implementação de um programa de encaminhamento imediato das Delegacias, as quais recebem diariamente denúncias de violência contra a mulher, com atendimento especializado de profissionais da área da Psicologia e que esses recebam formação humanizada direcionada à linha de combates a traumas decorrentes da violência, de modo a serem impulsionadas as intervenções específicas ao caso concreto.

Apresenta-se como sugestão, ainda, a implementação da Casa da Mulher Brasileira, que integra o “Programa Mulher: Viver sem Violência” e funciona como um centro agregador de ações, em todos os municípios do Brasil. Seu objetivo é dar suporte e acolhimento à mulher vítima de situação de violência, que se encontra desamparada, reunindo em um só lugar diversos serviços especializados, evitando-se, assim, atendimentos fragmentados e a peregrinação da vítima por diversos órgãos, tendo que reproduzir muitas vezes a mesma história de sofrimento. Trata-se de um espaço que proporciona diversos serviços assistenciais, no qual se oferece atendimento por profissionais capacitados e humanizados, contribuindo grandemente para a redução do fator de risco às vítimas.

³⁰MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise socio jurídica da violência contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.



Para o Promotor de Justiça, Thiago André Pierobom de Ávila, a violência contra a mulher é uma epidemia e, por isso, um problema de saúde pública. Em seu artigo “Articulação do trabalho em rede para a proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar”³¹, ele trata da importância do trabalho em rede na concretização das políticas públicas que defendem a mulher das práticas de violência doméstica.

Essa luta impõe a construção de novos saberes interdisciplinares em que cada interveniente da rede é, ao mesmo tempo, socializador e receptor de novos conhecimentos, na construção conjunta de uma nova forma de intervenção coletiva. Cada integrante da rede, enquanto participante reflexivo, ao mesmo tempo em que molda, é moldado, deixando de ser uma peça na engrenagem na máquina para tornar-se sujeito do processo. Nas tensões inevitáveis dos diferentes pontos de vista formam-se novos conhecimentos que alimentam e redefinem constantemente as ações. Apenas no âmbito dessa intervenção orgânica e coletiva se pode expandir a efetividade isolada de cada integrante da rede, impactando as relações sociais na construção de uma nova cultura de respeito aos direitos humanos das mulheres.

Ainda segundo esse autor, vários estudos nacionais e internacionais apontam para a importância da atuação multidisciplinar com articulação em rede para o combate à violência doméstica contra a mulher. Devido ao fato de a implementação dessa intervenção ter como ponto de partida a estrutura familiar patriarcal, cujo poder vincula masculinidade a atitudes agressivas e dominadoras, e, em contrapartida, associa a feminilidade a comportamentos submissos, muitas vezes, tal cultura machista é interiorizada pelas próprias vítimas, que naturalizam a violência doméstica.

Porém, uma proposta de intervenção em caso de violência doméstica, embora bastante complexa, visto que cada caso é um caso, é extremamente necessária, pois a articulação do trabalho em rede envolve diversas áreas. Como, no âmbito da violência doméstica, atendimentos pontuais não conseguem fazer frente a um problema tão complexo e decorrente de diversas causas, exige-se que diversas frentes de intervenção estejam integradas constantemente às ações.

CONCLUSÃO

Conforme explicitado ao longo deste artigo, constata-se que a violência contra as mulheres é um lamentável fenômeno social, decorrente de uma construção patriarcal, o qual se irradia mundialmente, sendo que o Brasil é um país que apresenta uma das maiores taxas

³¹ÁVILA, T. A. P. *Articulação do trabalho em rede para a proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar*. In: Conselho Nacional do Ministério Público (Org.). *Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro*. Brasília: CNMP, v. 1, 2018, p. 141-163.

de feminicídio do mundo. Destarte, faz-se necessária a intensificação das normas que visem à proteção às vidas das mulheres, além da propositura de políticas públicas preventivas e eficazes a todas as formas de violência.

Diante desse cenário, observa-se que houve relevante evolução legislativa e jurisprudencial acerca da proteção aos direitos das mulheres, por exemplo, a partir da edição da Lei nº 11.340/2006 e da Lei nº 13.104/2015, destacando-se que a implementação da causa de aumento de pena do feminicídio representa um importante avanço decorrente do repúdio da sociedade atual com relação ao homicídio praticado contra a mulher em defluência da violência de gênero, promovendo a equidade social e de gênero e o alcance da justiça social.

Nesse sentido, a partir da elaboração do presente trabalho, a autora pretendeu demonstrar a absoluta necessidade da incidência de tais mecanismos legais que se mostram juridicamente razoáveis, haja vista os anseios sociais e a situação de vulnerabilidade (social, cultural e biológica) em que a mulher se encontra, desde os tempos mais remotos da história, sendo um fator que a coloca em situação de risco, além da primordialidade de se dar eficácia ao sistema penal brasileiro.

Dessa forma, acolher argumentos contrários à efetivação de tais direitos significa ignorar a existência da violência de gênero que assola o mundo, o que importaria num imenso e cada vez mais sangrento e irremediável retrocesso, uma vez que daria azo à aplicação de penas mais brandas aos assassinos.

Após quatro anos de promulgação da Lei nº 13.104/2015, mesmo que ela não tenha sido capaz de promover, sozinha, todos os resultados pretendidos com drástica diminuição do feminicídio, a maior e inegável conquista vem do fato de que ela já existe. É necessária a manutenção da inovação jurídica que tutela os direitos das mulheres, pois ela se traduz como forma de resposta punitiva presente na legislação penal brasileira atual, acompanhando as demandas sociais e contribuindo para o desencorajamento dos autores de agressões.

A criação legislativa do feminicídio surgiu com o intuito de romper com uma vergonhosa e intolerável tradição histórica e jurídica no Brasil de constante relativização dos direitos da mulher, a qual se traduz em verdadeira negação à sua dignidade. Ademais, a inovação do instrumento normativo vem, comprovadamente, conferindo crescente proteção à mulher que se encontra em situação de vulnerabilidade e necessita de custódia, transcendendo um mero Direito Penal simbólico e ineficaz, pelo fato de estabelecer um paradigma de elevada reprovabilidade ao autor da agressão.

Demonstrou-se, também, que não há que se falar em violação ao Princípio da Isonomia, na hipótese em tela, visto que se deve prezar pela busca da igualdade mediante a

eliminação dos obstáculos da desigualdade, sendo necessário, assim, o estabelecimento de diferenciações pontuais de modo a se trilhar em direção à efetividade do preceito constitucional. Cabe ao legislador, portanto, trabalhar para que se construa um ambiente de igualdade real entre os gêneros.

É notável que a implementação do feminicídio, dessa forma, vem contribuindo grandemente para a visibilidade do lamentável e recorrente fenômeno social de agressões, possibilitando, a partir de tal destaque, um incentivo à formulação de políticas públicas adequadas para o controle da criminalidade direcionada à figura feminina, que notadamente possui baixa representatividade em ambientes culturais e políticos.

Impende frisar que, a partir da implementação da lei, a tipificação também se mostra importante meio de reunião de dados e de análise estatística dos casos de violência contra a mulher, contribuindo para o aumento da visibilidade e dos debates sobre o tema, assim como da busca pelo rompimento do ciclo violento. Os dados coletados contribuem para se ter noção do real dimensionamento da violência contra a mulher, no Brasil, país esse que possui grande magnitude dos casos, apesar de ainda se mostrarem dificilmente computados.

Como dito, os reflexos de toda a violência suportada pelas mulheres acarretam desequilíbrio em todos os âmbitos de suas vidas, como complicações físicas, psicológicas, transtornos familiares e sociais, emergindo intrinsecamente sua individualidade.

O sistema de administração da justiça deve mostrar-se eficiente, acessível e confiável a todo instante, de modo a respaldar e proteger a mulher nos momentos em que ela buscar auxílio do Estado. Com isso, é dever estatal repelir veementemente a perpetuação social do fenômeno da impunidade e de todas as formas de ameaça à integridade de suas cidadãs. Trata-se de uma obrigação do Estado brasileiro que deve ser cumprida, inclusive em decorrência das suas obrigações assumidas frente à comunidade internacional, sob pena de responsabilização objetiva face aos desvios dos compromissos firmados.

Nesse sentido, cumpre-se notar, como corolário final, que o surgimento da qualificadora do feminicídio no Código Penal brasileiro fez-se necessário como forma de resposta ao crescente número de casos de mortes violentas das mulheres face à violência de gênero, favorecendo o reconhecimento das desigualdades existentes e enfrentando as injustiças culturais por meio de medidas afirmativas.

Contudo, apesar de um importante passo ter sido dado, não há dúvidas de que ainda há uma longa maratona a ser percorrida até a efetivação do Princípio da Isonomia em sua plenitude. Apesar do desafio, faz-se necessário cortar pela raiz a cultura misógina de opressão e os estereótipos machistas e patriarcais presentes na sociedade, para que, assim, seja possível

reverter tais padrões tradicionais de desigualdade e dominação e se avançar, cada vez mais, em direção à tão desejada igualdade.

Em suma, a matança de mulheres não é um caso que merece ser tratado externamente à jurisdição do Estado, como outrora, como se fosse um assunto particular/privado por se dar num ambiente familiar. Trata-se de uma questão de humanidade, de saúde pública que é, sim, uma das responsabilidades do Estado e de todos.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, T. A. P. *Articulação do trabalho em rede para a proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar*. In: Conselho Nacional do Ministério Público (Org.). *Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro*. Brasília: CNMP, v. 1, 2018, p. 141-163.

BOGAT, G.A.; DEJONGHE, E.; LEVENDONSKY, A. A.; DAVIDSON, W.W; EYE, A.V. *Trauma symptoms among infants exposed to intimate partner violence*. *Child Abuse & Neglect*, Oxford, v. 30, 2006, p. 109-125.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. *Lei nº 3.071*, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 22 nov. 2019.

_____. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. *Lei nº 13.771*, de 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13771.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. *Lei nº 13.871*, de 17 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13871.htm> Acesso em: 25 nov. de 2019.



_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=217154893&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=245474001&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

COSTA, M. M. M.; PORTO, R. *O feminicídio uma patologia socio jurídica nas sociedades contemporâneas: uma análise a partir do agir comunicativo de Habermas*. Disponível em: <https://www.academia.edu/28097201/O_Femicidio_Uma_Patologia_Sociojur%C3%ADica_Nas_Sociedades_Contempor%C3%A2neas_Uma_An%C3%A1lise_a_Partir_D_o_Agir_Comunicativo_De_Habermas>. Acesso em: 10 mar. 2019.

IPEA - Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas; FBSP - Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Atlas da violência 2019*. Rio de Janeiro, Ipea, 2019. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal*. 10. ed., v. 2. São Paulo: Método, 2017, p. 48.

MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise socio jurídica da violência contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *CEPAL: 2,7 mil mulheres foram vítimas de feminicídio na América Latina e Caribe em 2017*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/cepal-27-mil-mulheres-foram-vitimas-de-femicidio-na-america-latina-e-caribe-em-2017/>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. *Mulheres nordestinas negras estão entre grupos mais vulneráveis a violência e pobreza, alerta ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mulheres-nordestinas-negras-estao-entre-grupos-mais-vulneraveis-a-violencia-e-pobreza-alerta-onu/>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

_____. *Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-femicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

_____. *Violência contra as mulheres é 'pandemia global', diz chefe da ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/violencia-contra-as-mulheres-e-pandemia-global-diz-chefe-da-onu/>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

PRADO, Débora & SANEMATSU, Marisa. *Feminicídio: #InvisibilidadeMata*. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

A CONSTITUCIONALIDADE DA INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Amanda Fernandes Lima

Graduada pelo Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA. Advogada.

Resumo – As organizações criminosas são estruturas bem organizadas formadas por quatro ou mais indivíduos com o objetivo de auferir alguma vantagem ilícita. Para que obtenham tais vantagens, os agentes praticam crimes, que são de difícil investigação pelas autoridades policiais dado o grau de organização que o crime organizado possui. O presente trabalho aborda a infiltração policial como meio extraordinário de produção de provas no combate a esse fenômeno, bem como a constitucionalidade de tal infiltração, se a mesma respeita princípios constitucionais inerentes à moralidade da Administração Pública e da intimidade e ampla defesa dos investigados.

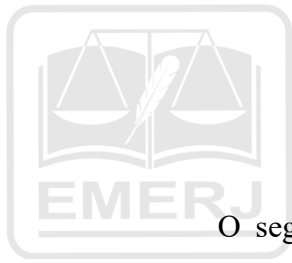
Palavras-chave – Direito Penal. Organizações criminosas. Infiltração policial. Lei 12.850/2013.

Sumário –Introdução. 1. O crime organizado e a dificuldade de investigação e punição das organizações criminosas. 2. A infiltração policial como meio extraordinário de obtenção de provas em organizações criminosas. 3. Ponderação entre princípios constitucionais aplicáveis à infiltração policial em organizações criminosas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a constitucionalidade da infiltração policial em organizações criminosas. Busca expor a maneira como se desenvolvem as organizações criminosas, e como a infiltração policial é um meio de prova eficaz nesse combate. A discussão principal se dá em torno da legalidade dessa infiltração, se ela fere princípios constitucionais tanto dos investigados quanto da administração pública.

O primeiro capítulo trata das organizações criminosas. O crime organizado é um fenômeno complexo que acarreta enorme danosidade social. O combate às organizações criminosas, que são formadas por quatro ou mais indivíduos de forma organizada e duradoura, com divisão de atribuições, visando alcançar vantagem ilícita, é uma tarefa difícil, e a infiltração policial é um dos mecanismos utilizados nesse combate. Nesse capítulo, são apresentadas as principais características desse tipo de organização e como essas características dificultam a investigação policial.



O segundo capítulo trata da infiltração policial, meio extraordinário de prova no combate às organizações criminosas, que é requerida pelo delegado de polícia ou pelo membro do Ministério Público ao juiz competente, que se autorizar tal meio de produção de prova, fixará os limites da atuação do agente infiltrado, que deverá ser policial, civil ou federal. Para a autorização da infiltração, é indispensável comprovar a necessidade da medida, os limites de atuação do agente, o local da infiltração, bem como os nomes e apelidos dos investigados. O pedido deve ser sigiloso, para preservar o agente, bem como a investigação criminal.

No terceiro capítulo discute-se a legalidade da infiltração, e se esta fere princípios constitucionais. Por um lado, a infiltração pode ferir princípios constitucionais como da legalidade e da moralidade da administração, pois seus agentes estariam participando do cometimento de crimes. Também se fala na violação da intimidade, vida privada e ampla defesa dos investigados. Por outro lado, entende-se que a infiltração é legal vez que os princípios fundamentais não são absolutos, devendo haver a ponderação dos mesmos, prevalecendo o interesse público.

Outro ponto que se discute ao longo do trabalho é a responsabilidade penal do agente infiltrado, pois este ao participar de uma organização criminosa acaba cometendo crimes. Esta questão foi pacificada pela Lei nº 12.850/13 que previu a possibilidade de o agente cometer crimes do decorrer da infiltração, pois é inexigível conduta diversa, tratando tal questão como uma excludente de responsabilidade. O agente responderá apenas pelos excessos, ou seja, pelos atos que não guardarem proporcionalidade com a finalidade da investigação.

O trabalho tem como foco principal a discussão da legalidade da infiltração policial em organizações criminosas, a possível violação de direitos fundamentais dos investigados e a prevalência do interesse público em detrimento do privado como meio de obtenção de provas. A discussão se dá ao debater se infiltração viola princípios constitucionais tanto dos investigados quanto da administração pública, e se a prática da infiltração é legal em razão da primazia do interesse público. Para isso, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dialético, uma vez que o pesquisador pretende proceder a uma análise da constitucionalidade de um meio extraordinário de produção de prova que é a infiltração policial em organizações criminosas.

Para tanto, a abordagem do objeto da pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, baseando-se em normas jurídicas e jurisprudências referentes ao assunto, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. O CRIME ORGANIZADO E A DIFICULDADE DE INVESTIGAÇÃO E PUNIÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

O crime organizado é um fenômeno complexo que acarreta enorme danosidade social. A definição de organização criminosa é algo que gera muitos debates, por ser algo extremamente elaborado. Conforme leciona Nucci¹:

[...] organização criminosa é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes.

A Lei nº 12.850/2013², que dispõe sobre organizações criminosas, em seu artigo 1º, parágrafo 1º, dispõe que:

[...] considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

A organização criminosa não se confunde com a associação criminosa, prevista no artigo 288 do Código Penal³, que prevê que associação criminosa é a união de 03 (três) ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes.

A associação criminosa é a simples união de três ou mais pessoas com o fim específico de cometer crimes. Não se exige nada além da união de três ou mais pessoas no cometimento de crimes. Já a organização criminosa é muito mais complexa, pois trata-se de uma estrutura extremamente organizada.

Conforme leciona Mendroni⁴:

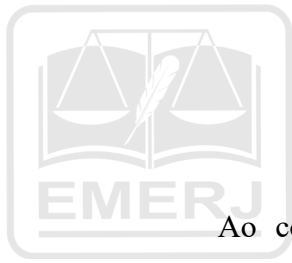
[...] enquanto na associação criminosa constata-se apenas uma “associação”, com solidariedade entre seus integrantes, no caso da organização criminosa verifica-se uma verdadeira “estrutura organizada”, com articulação, relações, ordem e objetivo, com intenso respeito às regras e à autoridade do líder.

¹NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 12.

² BRASIL. *Lei nº 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

³ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

⁴MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 10.



Ao conceituar organização criminosa, a Lei nº 12.850/13⁵ previu que para se configurar uma organização criminosa seus integrantes devem alcançar seus objetivos por meio da prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. Portanto, basta que a organização se enquadre em uma das duas opções para que seja considerada como tal.

Por se tratar de uma estrutura complexa, existem vários tipos de organizações criminosas, cada uma voltada para sua área de atuação. Porém, algumas características são comuns a todas elas.

A primeira delas é a hierarquia. A organização criminosa é formada por um conjunto de pessoas, de forma organizada, onde há subordinação entre seus membros. Conforme leciona Bitencourt⁶, deve haver uma cadeia de comando a garantir que as atividades criminosas se desenvolvam de forma eficiente no atingimento dos objetivos do grupo delinquencial.

Outra característica é a divisão de tarefas: cada integrante da organização possui uma atribuição própria. Conforme leciona Mendroni⁷, cada etapa deverá ser desempenhada pelo respectivo executor, com habilidade própria e conforme as ordens passadas pela gerência.

A obtenção de vantagem de qualquer natureza também é uma característica comum às organizações. Essa vantagem pode ser econômica ou não. O objetivo da organização criminosa não é praticar crimes, mas sim obter alguma vantagem. A prática de crimes é o meio utilizado para isso.

A lavagem de dinheiro é uma prática muito comum entre as organizações criminosas, pois há necessidade de legalizar o rendimento que foi auferido da maneira ilícita. Portanto, é muito comum que as organizações criminosas pratiquem crime de lavagem de dinheiro para ocultar a origem ilícita de seus bens.

Um outro aspecto muito visto nessas organizações é o envolvimento ou participação de agentes públicos. As organizações criminosas que atingem um certo grau de desenvolvimento já não conseguem sobreviver sem o auxílio de agentes públicos. Conforme leciona Mendroni⁸, quando os agentes públicos não participam efetivamente do grupo, são corrompidos para viabilizar a execução das ações criminosas.

⁵BRASIL, opus citatum, nota 2.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 29.

⁷ MENDRONI, opus citatum, p. 47.

⁸Ibidem, p. 49.

Portanto, as organizações criminosas, apesar de possuírem peculiaridades próprias, possuem muitas características comuns, que permitem sua identificação.

A Lei nº 12.850/2013⁹ prevê em seu artigo 2º o delito de organização criminosa. Esse delito prevê a prática de condutas alternativas, como promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. Ou seja, a prática de qualquer delas ou de mais de uma delas caracteriza o delito. A pena prevista é de 03 (três) a 08 (oito) anos de reclusão, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Portanto, se uma determinada organização criminosa tem como atividade principal o tráfico de entorpecentes, responderá tanto pelo crime de tráfico, como pelo crime de organização criminosa.

O crime de organização criminosa é de perigo abstrato, e o sujeito passivo é a sociedade, pois o bem jurídico tutelado é a paz pública. A configuração do delito ocorre com a mera prática das condutas mencionadas no artigo 2º da Lei nº 12.850/2013¹⁰.

O delito é doloso, não admitindo a modalidade culposa, pois é necessário o elemento subjetivo específico de obter vantagem ilícita de qualquer natureza.

Quanto a possibilidade de tentativa desse delito, a doutrina majoritária, capitaneada por Marcelo Batluni Mendroni¹¹, defende ser inadmissível, diante da necessidade de comprovação de estabilidade, durabilidade, estrutura ordenada, divisão de tarefas e fixação de objetivos.

A mera adesão subjetiva a qualquer dos núcleos previstos no tipo penal da organização criminosa, como promover, constituir, financiar ou integrar já caracteriza a consumação do crime, não sendo possível se falar em tentativa.

Além disso, trata-se de um crime de perigo abstrato em que o bem jurídico tutelado é a paz pública, mais um motivo pelo qual não há que se falar em possibilidade de tentativa. Também não é possível a aplicação do princípio da insignificância a esse crime, pois não se aplica esse princípio aos crimes contra a paz pública.

Diante de toda a complexidade apresentada nesse tipo de organização, é extremamente difícil a investigação e punição desses crimes pelas autoridades competentes. Por essa razão, a Lei nº 12.850/2013¹² previu em seu artigo 3º os meios de obtenção de provas

⁹BRASIL, opus citatum, nota 2.

¹⁰Ibidem.

¹¹MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado: Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13.

¹²BRASIL, opus citatum, nota 2.

que podem ser utilizados nesse tipo de delito. No inciso VII do referido artigo há previsão da infiltração policial como um desses meios de prova, assunto principal deste trabalho que será discutido no próximo capítulo.

2. A INFILTRAÇÃO POLICIAL COMO MEIO EXTRAORDINÁRIO DE OBTENÇÃO DE PROVAS EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

A infiltração policial é um mecanismo utilizado para obtenção de provas de existência e forma de atuação de uma organização criminosa. Dessa forma, ao colocar um agente público devidamente treinado para isso no seio de uma organização criminosa, se torna mais fácil desmascará-la. Essa possibilidade está prevista na Lei nº 12.850/2013¹³, em seu artigo 3º, inciso VII.

A infiltração ocorre quando um agente público, policial civil ou federal, infiltra-se em uma organização criminosa como se criminoso também fosse, e passa a ali conviver e a observar o dia-a-dia dos personagens envolvidos naquela situação. Dessa forma pode colher provas das atividades ilícitas praticadas pelo grupo, e a partir disso enviar informações às autoridades competentes para que passem a integrar o inquérito policial.

Conforme leciona Mendroni¹⁴ a infiltração policial:

Consiste basicamente em permitir um agente da polícia ou de serviço de inteligência infiltrar-se no seio da organização criminosa, passando a integrá-la como se criminoso fosse-, na verdade como se um novo integrante fosse. Agindo assim, penetrando no organismo e participando das atividades diárias, das conversas, problemas e decisões, como também por vezes de situações concretas, ele passa a ter condições de melhor compreendê-la para melhor combatê-la através do repasse das informações às autoridades.

A infiltração ocorre na fase pré-processual, durante o inquérito policial, e depende de autorização judicial. Essa autorização é requerida pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia. Deverá ser demonstrada a necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes, e quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração, conforme prevê o artigo 11 da Lei nº 12.850/2013¹⁵.

A infiltração é medida excepcional e só será admitida se houver indícios de existência de organização criminosa. Não se exige que haja provas da existência da

¹³Ibidem.

¹⁴MENDRONI, opus citatum, 2015, p. 184.

¹⁵BRASIL, opus citatum, nota 2.

organização, o mero indício permite que se autorize a infiltração. Também é necessário que não seja possível a obtenção de provas por outros meios disponíveis.

Considerando se tratar de medida cautelar probatória, para que seja deferida a infiltração, é necessário que se demonstre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ou seja, conforme leciona Luiz Flavio Gomes¹⁶, é necessário demonstrar o risco ou prejuízo que a não realização imediata desta diligência poderá representar para a aplicação da lei penal, para a investigação criminal ou para evitar a prática de novas infrações penais.

Importante destacar que esse pedido deve ser sigiloso, para que não seja identificada a ação a ser efetivada nem o agente infiltrado, o que colocaria em risco toda a operação. Nesse caso, não há que se falar em violação ao contraditório e a ampla defesa, pois pela natureza da infiltração, qualquer informação tornaria a operação ineficaz. O pleito de infiltração de agentes é distribuído em apenso ao inquérito. Esse apenso é resguardado pelo sigilo.

A infiltração será autorizada pelo prazo de até 06 (seis) meses, podendo ser prorrogada se comprovada sua necessidade. Durante a infiltração, o delegado e o Ministério Público podem requisitar relatório da atividade de infiltração a qualquer tempo ao agente infiltrado.

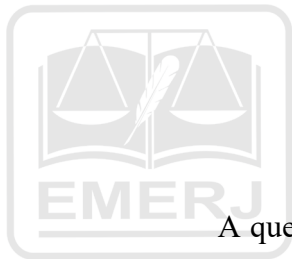
O agente convocado para a infiltração poderá recusar cumpri-la, bem como o agente já infiltrado poderá requerer que cesse a infiltração se achar que corre algum risco. Também cabe ao agente infiltrado, se quiser, ter sua identidade alterada, para sua segurança e de sua família, bem como usufruir das medias de proteção as testemunhas.

Durante a investigação e também durante o processo judicial, o agente infiltrado pode requerer que suas informações pessoais sejam preservadas, como seu nome, sua qualificação, sua imagem e sua voz. Também pode solicitar que não tenha sua identidade revelada. Todas essas medidas estão previstas na Lei nº 12.850/13¹⁷ como forma de proteção ao agente infiltrado.

O agente, ao se infiltrar no seio de uma organização criminosa e a vivenciar o dia-a-dia dessa organização, por vezes pode ter que praticar crimes como forma de acompanhar os demais membros, e como forma de ganhar confiança. Discute-se a responsabilidade penal desse agente ao cometer infrações penais.

¹⁶GOMES, Luiz Flavio. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 403.

¹⁷BRASIL, opus citatum, nota 2.



A questão pacificou-se com a entrada em vigor da Lei nº 12.850/2013¹⁸, que em seu artigo 13, parágrafo único, previu que não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa. Ou seja, tratou a prática de crimes pelo agente no decorrer na infiltração como uma excludente da responsabilidade.

O caput desse artigo previu que, se praticar excessos, responderá por eles, se seus atos não guardarem proporcionalidade com a finalidade da investigação. Entende-se como excesso, no presente caso, os atos desnecessários à finalidade da investigação, que extrapolam os fins desejados.

Conforme prevê o artigo 12, §2º, da Lei nº 12.850/2013¹⁹, “o autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.”

O agente poderá figurar como testemunha durante a instrução criminal, afinal, ele é a pessoa com maior conhecimento da situação, pois a vivenciou. Conforme leciona Luiz Flavio Gomes²⁰, caso a defesa requeira a oitiva do agente infiltrado, em razão da falta desta violar o direito ao confronto, o juiz poderá deferi-la, desde que mantenha a identidade, a imagem e a voz do agente preservadas, para sua segurança e de sua família, bem como para que possa figurar como agente infiltrado em operações futuras.

Portanto, ainda que seja possível que o agente infiltrado testemunhe de forma a corroborar as informações prestadas por ele durante o período de infiltração, não é muito comum que aconteça, em razão de sua segurança.

As provas colhidas durante a infiltração são valoradas da mesma forma que as demais provas contidas no processo. Conforme leciona Greco Filho²¹, estando a infiltração regularmente autorizada, a colheita da prova é legítima e não se aplica a figura do flagrante preparado porque não há o requisito da impossibilidade absoluta da consumação. Dessa forma, a infiltração policial é absolutamente válida como meio de prova a ser utilizada no processo.

¹⁸Ibidem.

¹⁹Ibidem.

²⁰GOMES, opus citatum, p. 408.

²¹ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 61.

3. PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS A INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

A infiltração policial, apesar de meio utilizado e eficaz na obtenção de provas de existência e atuação de organizações criminosas, gera discussões acerca de sua constitucionalidade. Ainda que haja previsão expressa de sua possibilidade nos artigos 3º, VII e 10, da Lei nº 12.850/13²², se discute se ela fere garantias individuais dos acusados e princípios da administração pública.

A administração pública é pautada em princípios, como da legalidade, da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos previstos expressamente na Constituição Federal²³, em seu artigo 37. Em uma situação em que um agente público se infiltra em um ambiente criminoso, e junto com os membros dessa organização pratica crimes, discute-se se ele não estaria ferindo os princípios da moralidade e da legalidade.

O princípio da legalidade, conforme leciona Carvalho Filho²⁴, significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita. O administrador público só pode atuar onde a lei autoriza. Portanto, com o advento da Lei nº 12.850/13, a infiltração policial passou a ser prevista em lei, respeitando assim o princípio da legalidade.

O princípio da moralidade, conforme leciona Carvalho Filho²⁵, impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. A moralidade deve ser observada tanto nas relações entre Administração Pública e administrados, como também nas relações entre a Administração Pública e os agentes que a integram.

É nesse ponto que surgem as discussões acerca da conduta praticada pelo agente infiltrado, se esta fere a moralidade administrativa ou não. Fato é que o agente infiltrado em uma organização criminosa acaba cometendo crimes junto com os acusados, pois se não o fizesse sua segurança estaria em risco, já que haveria desconfiças acerca de sua postura.

Muito se discutiu acerca da responsabilidade penal do agente infiltrado, e chegou-se a conclusão de que, na situação em que o agente se encontra, é inexigível conduta diversa,

²²BRASIL, opus citatum, nota 2.

²³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2019.

²⁴CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 20.

²⁵ Ibidem, p. 22.

estando ele amparado por uma causa de excludente de responsabilidade, conforme previsto expressamente na Lei nº 12.850/13²⁶, em seu artigo 13, parágrafo único.

Portanto, não há que se falar em inobservância do princípio da moralidade nos casos de infiltração policial em organizações criminosas, em razão das circunstâncias em que ocorrem e das disposições legais que as autorizam.

Se por um lado discute-se se a infiltração fere princípios da administração, também se discute se ela fere as garantias individuais dos investigados, como o direito a intimidade, a vida privada e ampla defesa, de sua não auto incriminação.

O artigo 5º, inciso X da Constituição Federal²⁷ prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Conforme leciona Moraes²⁸, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc.

Quando ocorre uma infiltração policial, o agente acaba se envolvendo na vida e nas relações pessoais dos investigados, e enviando essas informações as autoridades através de relatórios, que posteriormente irão fazer parte do inquérito e dos autos processuais. Portanto, há uma violação a intimidade e a vida privada dos investigados.

A Constituição Federal²⁹ consagrou em seu artigo 5º, incisos LIV, LV e LXXVIII o princípio do devido processo legal. Esse princípio, amplamente difundido no nosso ordenamento jurídico, e que serve como base para a construção do princípio da dignidade da pessoa humana, encontra-se expresso na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XI, nº 1 que diz que:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo, com a lei em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

²⁶BRASIL, opus citatum, nota 2.

²⁷BRASIL, opus citatum, nota 23.

²⁸MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 54.

²⁹BRASIL, opus citatum, nota 23.

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório. O contraditório consiste em as partes processuais tomarem conhecimento de todos os termos do processo e poder contrariá-los, podendo se manifestar sobre as informações que sejam inseridas nos autos.

Já a ampla defesa consiste em possibilitar que o réu leve para o processo todos os elementos que possam esclarecer a verdade ou até mesmo o direito de calar-se, se preferir. É nesse ponto que se encontra o direito do acusado ao silêncio, e de não produzir provas contra si mesmo.

É a violação desse direito, da não incriminação, que é discutida nas infiltrações policiais. Quando um agente infiltrado inicia uma operação, os acusados praticam infrações criminosas na sua presença, e o agente envia um relatório sobre essas condutas as autoridades competentes. Portanto, estaria o investigado se auto incriminando, produzindo provas contra ele mesmo.

Diante dessas possíveis violações de direitos e garantias individuais dos investigados, surge a discussão a respeito da constitucionalidade desse meio extraordinário de produção de prova que é a infiltração policial.

Conforme leciona Mendroni³⁰, deve se levar em consideração o princípio da proporcionalidade constitucional, segundo o qual em uma situação real de conflito entre dois princípios constitucionais, deve-se decidir por aquele de maior peso. Portanto, deve se ponderar o que tem mais valor, a intimidade e direito a não incriminação dos investigados, ou se deve prevalecer o interesse público, da segurança pública em detrimento desses interesses privados.

Claro é que a infiltração policial é o meio mais eficaz na desestruturação de organizações criminosas, dadas as dificuldades de investigação tradicional com relação às mesmas. Através da infiltração, é possível garantir a segurança pública, a paz social e evitar o cometimento de crimes que afetam a população de forma generalizada, em todos os níveis e em todos os aspectos.

Portanto, deve prevalecer a supremacia do interesse público em detrimento do interesse privado, devendo ser feita uma ponderação de princípios constitucionais, por não haver princípio constitucional absoluto, e no caso da infiltração policial, esta deve ser admitida em razão dos benefícios que proporciona à coletividade.

³⁰MENDRONI, opus citatum, 2015, p. 186.



O presente trabalho constatou a constitucionalidade da infiltração policial como meio extraordinário de produção de prova em organizações criminosas. Diante dos conceitos abordados ao longo do estudo e dos princípios constitucionais aplicados ao caso em tela, por meio da ponderação de princípios concluiu-se que é constitucional e válido esse meio de produção de provas.

Inicialmente, foi apresentada a estrutura do crime organizado, suas características e a dificuldade de investigação de tal fenômeno, bem como a enorme danosidade social que acarreta, e a grande dificuldade de investigação das práticas criminosas cometidas por essas organizações. Diferenciou-se a organização criminosa, prevista na Lei nº 12.850/2013 da figura da associação criminosa, prevista no artigo 288 do Código Penal, figura essa muito mais simples que não é objeto do presente trabalho.

Em um segundo momento, foi apresentada a figura da infiltração policial como meio de produção de prova em se tratando desses crimes, sua ocorrência durante o inquérito policial com autorização judicial, a forma como essa infiltração se desenvolve de maneira sigilosa, a responsabilidade penal do agente infiltrado, bem como a maneira que essa prova é utilizada posteriormente no processo judicial.

O cerne do trabalho é a discussão da constitucionalidade desse meio de produção de prova, se há a violação de princípios constitucionais tanto da administração pública como a violação de direitos fundamentais dos investigados, como a intimidade, a vida privada e a ampla defesa.

Por um lado, demonstrou-se como a infiltração policial pode ferir princípios constitucionais da administração pública, como da moralidade e da legalidade, pois durante a infiltração um agente público se encontra no seio de uma organização criminosa muitas vezes ajudando no cometimento de crimes. Nesse mesmo sentido, discute-se como essa infiltração pode violar direitos fundamentais dos investigados, como a intimidade, a vida privada e a ampla defesa.

Por outro prisma, foram demonstradas as consequências negativas de tais organizações em sociedade, como colocam em risco a paz social, a segurança pública, bem como explicitada a complexidade que possuem, e a dificuldade em se obter provas das ações dessas organizações pelo meio tradicional, por ser uma estrutura extremamente bem organizada e de difícil acesso.

Diante do apresentado no trabalho, concluiu-se que nenhum princípio constitucional é absoluto, devendo haver a ponderação entre eles no caso concreto. No presente caso, o bem social maior deve prevalecer, a paz social e a segurança pública, com o combate pelas autoridades competentes a esse tipo de crime, se valendo dos meios de prova possíveis e legalmente previstos.

Portanto, em razão da ponderação de princípios constitucionais, bem como do princípio da supremacia do interesse público em detrimento do interesse privado, restou demonstrado que a infiltração policial é um meio de prova válido e constitucional, sendo o mais eficiente no combate ao crime organizado.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Código Penal*. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Lei nº 9.034*, de 3 de maio de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Lei 9.807/99*, de 13 de julho de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Lei nº 10.217*, de 11 de abril de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Lei nº 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: 07 abr. 2019.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GOMES, Luiz Flavio. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.



MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Comentários à lei de combate ao crime organizado: Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

AS MORTES DECORRENTES DE INTERVENÇÃO POLICIAL E OS LIMITES DA LEGÍTIMA DEFESA À LUZ DAS PROPOSTAS DE ABATER CRIMINOSOS

Amanda Ferreira da Silva

Graduada pela Universidade Candido Mendes – Campus Ipanema. Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – Com o aumento das mortes decorrentes de intervenção policial, no Estado do Rio de Janeiro, surgiu o constante debate dos limites da aplicação do instituto da legítima defesa, excludente de ilicitude prevista no Código Penal, para agentes da segurança pública em situação de serviço. O presente estudo pretende analisar as propostas de alterações legislativas no tocante ao instituto da legítima defesa presentes no denominado “projeto de lei anticrime”, de autoria do Ministro da Justiça Sérgio Moro. Para tanto, busca-se demonstrar os argumentos favoráveis e contrários à proposta e compreender a origem da ideia de visualizar o criminoso como um inimigo do estado. Por fim, demonstra-se a inconstitucionalidade das propostas em razão da violação dos direitos fundamentais, dos tratados de direitos humanos e a importância do poder judiciário no controle da atuação desses agentes.

Palavras-chave – Direito Penal. Exclusão de Ilicitude. Legítima Defesa. Homicídios. Intervenção Policial. Segurança Pública.

Sumário – Introdução. 1. O instituto da legítima defesa e as mortes decorrentes de intervenção policial: uma análise da aplicação da excludente de ilicitude e o excesso na conduta dos agentes da segurança pública. 2. O combate às drogas e o Direito Penal do Inimigo como justificativa para a execução sumária. 3. A proposta de “abater” criminosos e as discussões sobre modificações do Código Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a questão das mortes decorrentes de intervenção policial que são justificadas com a aplicação da excludente da legítima defesa e como a proposta de aplicar tal excludente em situações mais abrangentes, como, por exemplo, a posse de uma arma de cano longo influencia em toda a sociedade, principalmente, os moradores de comunidade que vivem uma verdadeira guerra urbana até mesmo dentro de suas residências.

Para tanto, abordam-se as questões controvertidas a respeito do tema de modo a conseguir discutir se a aplicação irrestrita da legítima defesa beneficia de fato a sociedade, assegura os direitos constitucionais de todos os indivíduos e quais são os seus limites constitucionais e supralegais.

O tema é controvertido na doutrina, especialmente entre estudiosos de segurança pública, e merece atenção, uma vez que os índices de mortes decorrentes de intervenção



policial aumentam a cada ano e uma possível alteração legislativa criaria uma verdadeira “pena de morte”, medida esta vetada pela Constituição Federal de 1988.

Para melhor compreensão do tema, busca-se expor a política criminal de combate às drogas e os processos de aniquilação da figura do inimigo, a principal justificativa para a existência dos confrontos armados e da proposta de alteração do sistema penal. No entanto, procura-se demonstrar que diante do aumento do número de homicídios, é necessário criar metas de redução da letalidade policial e alternativas para a solução da violência urbana que não perpassem a inconstitucionalidade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o instituto da legítima defesa disciplinado no Código Penal e os antigos “autos de resistência”, que após duras batalhas pela comunidade internacional, passaram a ser chamados de “mortes decorrentes de intervenção policial” a fim de compreender quando há excesso na conduta dos agentes da segurança pública e quando resta configurada a excludente da ilicitude.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a política de combate às drogas como justificativa para a execução sumária das vítimas e a importância da compreensão acerca de teoria do Direito Penal do Inimigo, segundo a qual certas pessoas por serem inimigas da sociedade não detêm todas as proteções penais que são dadas aos demais indivíduos.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de alteração legislativa do Código Penal com a autorização para matar criminosos armados. Procura-se explicitar a inconstitucionalidade da proposta, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, da vedação da pena de morte e a proteção dos direitos humanos.

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 (legislação, doutrina e jurisprudência), para sustentar a sua tese.

1. O INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA E AS MORTES DECORRENTES DE INTERVENÇÃO POLICIAL: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE E O EXCESSO NA CONDUTA DOS AGENTES DA SEGURANÇA PÚBLICA

A legítima defesa encontra-se disciplinada no art. 25, do Código Penal¹, o qual dispõe que “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Trata-se de uma excludente de ilicitude prevista no sistema penal.

A ilicitude é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico² e suas hipóteses legais encontram-se positivadas no artigo 23 do Código Penal. Nas lições de Aníbal Bruno, há ações típicas que:

pela posição particular em que se encontra o agente ao praticá-las, se apresentam em face do Direito como lícitas. Essas condições especiais em que o agente atua impedem que elas venham a ser antijurídicas. São situações de excepcional licitude que constituem as chamadas causas de exclusão da antijuridicidade, justificativas ou discriminantes³.

Há duas espécies de legítima defesa: a legítima defesa autêntica ou real e a legítima defesa putativa ou imaginária. A legítima defesa autêntica é aquela que ocorre quando a situação de fato está ocorrendo no mundo real. Por outro lado, a legítima defesa putativa é aquela que só existe na mente do agente – foi o que ocorreu em outubro de 2015, no bairro da Pavuna, quando um sargento da Polícia Militar matou dois motos taxistas ao confundir um macaco hidráulico com uma arma de fogo⁴.

No entanto, há casos em que o agente age fora dos limites estabelecidos pela legislação e incorre no chamado “excesso na legítima defesa”, ou seja, embora o sujeito ativo do delito tenha iniciado a execução do crime amparado por uma causa de justificação, viola os requisitos exigidos em lei, ultrapassando as fronteiras do que é permitido.

O excesso pode ser doloso ou culposos. O doloso ocorre em duas situações: quando o agente mesmo após fazer cessar a injusta agressão, continua o ataque porque quer causar mais lesões ou até mesmo a morte do opositor ou quando o agente, mesmo após fazer cessar a

¹BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

²GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 13. ed. Niterói: Impetus, 2019, p. 106

³ANIBAL apud idem. *Curso de Direito Penal*:(Parte Geral). 17. ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 372.

⁴Ibid., p. 397.

injusta agressão, em virtude de erro de proibição indireto, acredita que possa matar seu opositor, em virtude das agressões iniciais⁵.

Já o excesso culposos ocorre quando o agente acredita que ainda está sendo ou poderá vir a ser agredido e em virtude disso continua as agressões e quando o agente em virtude da sua negligência em aferir as circunstâncias dos fatos que o cercavam, excede-se em virtude de um erro de cálculo quanto à gravidade do perigo⁶.

No caso dos agentes da segurança pública, isto normalmente ocorre em relação aos delitos de homicídio praticados em situações de confronto armado no interior das comunidades, os quais eram chamados nos procedimentos policiais de “autos de resistência” e após duras batalhas da comunidade internacional, passaram a ser denominados de “mortes decorrentes de intervenção policial⁷”.

Os autos de resistência eram assim chamados pois se estaria diante de uma situação de resistência à prisão, em que os policiais se utilizariam do instituto da legítima defesa e conseqüentemente, não haveria a prática de nenhum crime por parte dos agentes.

Os autos de resistência surgiram na ditadura, para justificar a prisão em flagrante de policiais que haviam cometido o crime de homicídio e foi regulamentado no ano de 1969 por uma ordem de serviço da chamada Superintendência da Polícia Judiciária do Estado da Guanabara⁸.

Na década de 50, houve um aumento dos crimes contra a propriedade e, conseqüentemente, surgiram os chamados “grupos de extermínio”. Já na década de 80, houve um significativo aumento no tráfico de drogas e surgiu a necessidade de se combater a prática de tal delito e a criminalidade de um modo geral, mesmo que para conseguir tal objetivo fosse necessário o uso de práticas arbitrárias por parte dos policiais⁹.

Na década de 90, com o fortalecimento do tráfico de drogas ocorreu a legitimação do uso arbitrário da força pelos policiais e se investiu na compra de armamentos pesados e veículos blindados, com o objetivo de combater a violência urbana, o que ocasionou um

⁵ Ibid., p. 414.

⁶ Ibid., p. 415.

⁷ PONTES, Felipe. *Resolução determina fim dos autos de resistência em registros policiais*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.abc.com.br/geral/noticia/2016-01/resolucao-determina-fim-dos-autos-de-resistencia-em-registros-policiais>> Acesso em: 03 nov. 2019.

⁸ MISSE, Michel. *“Autos de Resistência”*: Uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011). Disponível em: <http://fopir.org.br/wp-content/uploads/2017/04/PesquisaAutoResistencia_Michel-Misse.pdf> Acesso em: 03. nov. 2019.

⁹ Ibid.

número maior de mortes e foi nesse momento que os autos de resistência ganharam destaque¹⁰.

Não há legislação específica sobre as mortes decorrentes de intervenção policial, sendo o assunto regulado por resoluções, termos de ajustamento de conduta e recomendações feitas por organizações não-governamentais de direitos humanos.

Entretanto, o artigo 292 do Código de Processo Penal¹¹ preceitua que:

Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

O art. 292, do Código de Processo Penal estabelece a finalidade de realizar uma captura. Ou seja, quando a prisão não é possível, desaparece a finalidade da atuação policial. No entanto, destas situações de resistência emerge a necessidade de se defender, estando caracterizada a legítima defesa.

Se para a legítima defesa não pode haver excesso, por que os agentes da segurança pública estariam legitimados a executar essas vítimas? Trata-se de uma verdadeira pena de morte inconstitucional, uma vez que não há no ordenamento jurídico brasileiro, diferente do que ocorre em outros países, o dever legal de matar.

A investigação da conduta dos policiais militares no ordenamento jurídico brasileiro é realizada entre o Ministério Público e a Delegacia de Polícia, a fim de verificar se houve excesso na conduta dos agentes públicos por meio das provas obtidas, como o auto de exame cadavérico, laudo de local, depoimento de testemunhas do fato, ou seja, se há um suporte probatório mínimo que contradiga a versão da autodefesa.

Apesar do avanço nas investigações destes delitos, um estudo realizado pelo Instituto de Segurança Pública¹² aponta que a polícia do estado do Rio de Janeiro matou mais de 16.000 (dezesseis mil) pessoas no período compreendido entre os anos de 2000 e 2018.

Normalmente, os policiais registram o fato na delegacia policial competente sob a narrativa que ao adentrarem em determinada comunidade, se depararam com elementos

¹⁰ Ibid.

¹¹BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

¹²INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Séries históricas anuais de taxa de letalidade violenta no estado do Rio de Janeiro e grandes regiões*. Disponível em: <<http://www.ispdados.rj.gov.br/Arquivos/SeriesHistoricasLetalidadeViolenta.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2019.



armados que efetuaram disparos contra a guarnição policial e sem outra alternativa, revidaram a injusta agressão. Caracterizando, portanto, uma situação de legítima defesa.¹³

No entanto, durante as investigações, ficou demonstrado que esses agentes agiram em situação de excesso, muitas vezes executando as vítimas de forma sumária, com grande quantidade de disparos efetuados pelas costas, lesões com orla de tatuagem que indicam que os disparos foram efetuados a curta distância ou disparos nas mãos da vítima, os quais são interpretados como lesões de defesa¹⁴.

Além disso, muitas vezes a cena do crime é fraudada sob o pretexto de prestar socorro médico as vítimas. A ONG *HumanRightsWatch*¹⁵ analisou diversos laudos de exames cadavéricos que demonstravam que a vítima socorrida pela polícia sofrera ferimentos que provavelmente resultaram em mortes rápidas, como, por exemplo, com tiro no cérebro.

Um exemplo de caso reconhecido internacionalmente em razão da conduta negligente de policiais militares é o denominado “Chacina de Costa Barros” de cinco amigos que vivam na Comunidade da Lagartixa e após comemorarem o primeiro salário de um dos jovens, foram brutalmente assassinados por policiais militares que efetuaram mais de 100 disparos contra o carro em que estavam ao confundirem o automóvel com o de assaltantes¹⁶.

A fim de coibir mortes como estas e em respeito ao Estado Democrático de Direito, mostra-se imprescindível a análise da conduta dos agentes da segurança pública a fim de tornar eficazes as garantias constitucionais como a vida, a presunção de inocência e o respeito ao devido processo legal.

2. O COMBATE ÀS DROGAS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO JUSTIFICATIVA PARA A EXECUÇÃO SUMÁRIA

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi criada em 1985 por GüntherJakobs, jurista alemão¹⁷, o qual trazia a discussão sobre penas mais severas para criminosos extremamente perigosos e que seriam considerados como “inimigos da sociedade”, exemplificando com a situação dos terroristas.

¹³ HUMAN RIGHTS WATCH. *Força Letal – Violência Policial e Segurança Pública no Rio de Janeiro e em São Paulo*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/report/2009/12/08/256012>> Acesso em: 08 out. 2019.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ O GLOBO. *Mortes provocadas por policiais, e 10 casos de violência que chocaram o Rio*. Disponível em: <<https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/mortes-provocadas-por-policiais-10-casos-de-violencia-que-chocaram-rio-19654901>> Disponível em: 04 out. 2019.

¹⁷ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21.

Segundo Jakobs, certas pessoas, por serem inimigas da sociedade, não detêm todas as proteções penais e processuais penais que são dadas aos demais indivíduos. Destarte, o jurista propõe¹⁸ uma diferenciação entre o direito penal do cidadão, em que há uma ideia do não cometimento de crimes em razão da punição imposta na norma e o direito penal do inimigo que permitiria qualquer tipo de punição, ainda que isso violasse certas garantias do direito processual penal.

Em síntese, Jakobs defende que essas pessoas consideradas “inimigos da sociedade” seriam pessoas que vivem para o crime e não se deixam obrigar pelas leis, sendo uma ameaça constante para a sociedade e sendo assim, tais pessoas não podem ser tratadas como cidadãos e com as mesmas garantias em relação às penas. Para ele, o inimigo “perde sua qualidade de pessoa e pode de certo modo ser visto como um animal perigoso¹⁹”.

Embora a teoria tenha mais de um século de existência, ainda é aplicada em muitos casos para justificar o desprezo à vida humana, como, por exemplo, nas execuções sumárias de vítimas ligadas ao tráfico de drogas nas comunidades, o que já pode ser considerada uma verdadeira guerra ao combate às drogas.

O Rio de Janeiro é conhecido negativamente pela quantidade de confrontos armados entre policiais e criminosos, principalmente durante a incursão dos agentes nas comunidades. Algumas regiões do estado encontram-se sob o domínio de facções criminosas e a chegada repentina desses agentes em operações ocasionam reações violentas. A maior parte – ou quase todos – desses confrontos está relacionada a política de repressão ao tráfico de drogas²⁰.

Historicamente, o combate às drogas vem desde os tempos de colônia. As Ordenações Filipinas, de 1603, já previam penas de confisco de bens e degredo para a África para os que portassem, usassem ou vendessem substâncias tóxicas, o que prevaleceu até à Conferência Internacional do Ópio, no ano de 1912²¹.

No ano de 1940, entrou em vigor o Código Penal, que optou por não incriminar aqueles que apenas consumissem a droga, em uma concepção no sentido de que a dependência é considerada doença e deveria ser submetida a rigoroso tratamento.

Já com o golpe militar de 1964 e a lei de segurança nacional (Lei nº 7170/83), foi adotado no Brasil um modelo bélico de política criminal, o qual equiparava os traficantes de

¹⁸Ibid.

¹⁹ WIKIPEDIA. *Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_penal_do_inimigo> Acesso em: 04 out. 2019.

²⁰ CARNEIRO, Julia Dias. *Cinco motivos que levaram o Rio à pior crise de segurança em mais de uma década*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-39816208>> Acesso em: 04 out. 2019.

²¹ SENADO FEDERAL. *História do combate às drogas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>> Acesso em: 04 out. 2019.



drogas aos inimigos internos do regime²². Em seguida, foi promulgada a Constituição Federal de 1988 determinou em seu artigo 5º, inciso XLIII, que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é crime inafiançável e a Lei nº 11343/06 (lei de drogas) diferenciou o usuário do traficante, aplicando distinção de pena entre eles.

Com o início das operações policiais nas comunidades, principalmente para a implantação das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs), o Estado reforçou a repressão ao tráfico para levar a presença do Estado a essas regiões.

De acordo com os Indicadores Gerais da Segurança do Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2018, 1.534 pessoas foram mortas em razão de intervenção de agentes do Estado, o que chegou a representar 23% do indicador de Letalidade – o maior percentual da série histórica calculada pelo ISP²³ e só no período de janeiro a agosto de 2019 ocorreram 1249 mortes por intervenção de agente do estado.

Ainda de acordo com o relatório, no ano de 2018, 8.721 armas de fogo foram apreendidas pelos policiais e 21.626 registros de apreensão de drogas foram feitos, 101 policiais militares e 10 policiais civis foram mortos, incluindo os policiais em situação de serviço e os que estavam de folga.

Com o aumento da criminalidade, muito se discute se o “inimigo” criado por Jakobs, no contexto da sociedade brasileira, poderia ser considerado o traficante de drogas que, basicamente, cria um estado paralelo, com as suas regras e hierarquias e desrespeita as normas impostas pelo Estado.

Segundo relatos de policiais militares à ONG *HumanRightsWatch* apresentados no relatório “O bom policial tem medo”, o uso excessivo da força está relacionado à uma “cultura de combate, sendo uma prática rotineira nos batalhões em que exercem a profissão e a corrupção que está disseminada dentro das unidades de polícia”.

Dois coronéis da reserva da polícia militar disseram à *HumanRightsWatch* que oficiais que se envolvem em confrontos são valorizados em alguns batalhões, uma vez que eles acreditam que o bom policial é aquele que elimina o inimigo.²⁴

De acordo com um policial que teve sua identidade preservada, sendo identificado apenas pelo nome fictício de Danilo, “matar bandido é o que era exigido como bom resultado

²² Ibid.

²³ INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Segurança Pública em números: Evolução dos principais indicadores de criminalidade e atividade policial no estado do Rio de Janeiro de 2003 a 2018*. Disponível em: <<http://www.ispdados.rj.gov.br/SiteIsp/SegurancaEmNumeros2018.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2019.

²⁴ HUMAN RIGHTS WATCH. *O Bom Policial Tem Medo – Os Custos da Violência Policial no Rio de Janeiro*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/report/2016/07/07/291589>> Acesso em: 18 ago. 2019.

pelos seus superiores²⁵” e alguns policiais executavam pessoas para serem conhecidos como assassinos entre os traficantes, podendo assim extorquir mais dinheiro deles.

Contudo, essas execuções que consideram o agente como um “inimigo do estado” ferem diretamente os princípios constitucionais e os tratados internacionais.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – CADH, em seu artigo 4º expressa o direito à vida: “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”²⁶.

De acordo com os Princípios Básicos da ONU sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei²⁷, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei deverão recorrer de outros meios não violentos antes da utilização da força ou da arma de fogo, só se utilizando destes, caso os outros meios sejam ineficazes.

Da mesma forma, os Princípios das Nações Unidas sobre a Prevenção Eficaz e Investigação das Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias²⁸, expressam que os governos deverão proibir todas as execuções extrajudiciais, arbitrárias e sumárias, garantindo um controle rigoroso e proibindo os funcionários superiores de darem ordens autorizando ou incitando outras pessoas a levar a cabo tais execuções.

Portanto, na Teoria do Direito Penal do Inimigo, o jurista apresenta alguns pilares²⁹ que podem ser relacionados às mudanças legislativas propostas: a) antecipação da punição, ou seja, o ponto de referência é um ato futuro e é o que ocorreria em uma suposta situação de legítima defesa por uma pessoa estar portando uma arma de fogo sem efetuar qualquer disparo, haveria uma suposta conduta excludente de ilicitude por um ato que ainda não ocorreu; b) desproporcionalidade das penas e sob esse aspecto, se deve analisar se é proporcional matar alguém que esteja na posse de uma arma sem antes realizar qualquer abordagem no sentido de efetuar a sua prisão; c) criação de leis severas direcionadas aos inimigos que é a criação do projeto de lei anticrime; d) flexibilização de certas garantias do

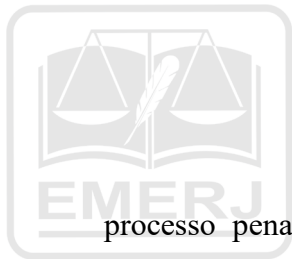
²⁵Ibid.

²⁶ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 18 ago. 2019.

²⁷MPF. *Princípios básicos sobre a utilização da força e de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/principios_basicos_arma_fogo_funcionarios_1990.pdf> Acesso em: 18 ago. 2019.

²⁸MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL. *Princípios relativos a uma Prevenção eficaz e à Investigação das Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias*. Disponível em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/principios-execucoes.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2019.

²⁹JAKOBS, op. cit., nota 06.



processo penal e não há dúvidas que o projeto autoriza a flexibilização até mesmo de garantias constitucionais, como a preservação da vida humana; e) descrição vaga dos crimes e das penas e neste ponto se deve observar a ausência de requisitos específicos para a legítima defesa.

3. A PROPOSTA DE “ABATER” CRIMINOSOS E AS DISCUSSÕES SOBRE AS MODIFICAÇÕES DO CÓDIGO PENAL

Em fevereiro de 2019, o então Ministro da Segurança Pública e da Justiça e ex-juiz federal, Sérgio Moro, apresentou à população o denominado “projeto anticrime”³⁰ que se trata de um projeto de lei contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa, contando com alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal.

De acordo com o projeto³¹, seriam acrescentados dois parágrafos ao art. 23 do Código Penal que disciplina as excludentes de ilicitude. O parágrafo 1º expressa que “o agente, em qualquer das hipóteses desse artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo” e o parágrafo 2º dispõe que “o juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção”.

Destarte, o art. 25 do mesmo diploma legal que trata sobre a excludente da legítima defesa também seria modificado, acrescentando um parágrafo para disciplinar sobre agentes de segurança pública que se encontram amparados pela excludente, passando a vigorar com a seguinte redação³²:

Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa: I – o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e II – o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Por fim, quanto à última medida legislativa no tocante à legítima defesa é a alteração do art. 309-A do Código de Processo Penal a fim de disciplinar a lavratura do auto de prisão em flagrante do agente que praticou o fato amparado por uma excludente de ilicitude, expressando que a autoridade policial poderá deixar de efetuar a prisão nessas hipóteses, sem prejuízo da investigação cabível.

Cumprido destacar que em novembro de 2018, após a sua eleição, o governador do Estado do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, declarou à imprensa a sua proposta de “abater”

³⁰ BRASIL. *Projeto de lei anticrime*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>> Acesso em: 16 set. 2019.

³¹BRASIL, op. cit., nota 14.

³²Ibid.

criminosos com fuzis sem qualquer tipo de responsabilidade penal por parte do agente do estado³³. Para o governador, a excludente da legítima defesa se caracterizaria desde o momento que alguém estivesse portando um fuzil, ainda que sem oferecer risco, concreta e iminentemente, a vida do agente da segurança pública ou terceiros. Na época, o então ministro da Segurança Pública, Raul Jungmann, disse que a proposta apresentada pelo governador seria ilegal e dependeria de uma mudança na legislação federal³⁴.

A partir disso, a questão passou a ser amplamente discutida entre os juristas e a sociedade em geral. De um lado, a esperança em um sistema penal mais rígido, com a instituição até mesmo de uma verdadeira pena de morte em nome de uma suposta segurança pública mais efetiva. Do outro lado, a inconstitucionalidade das propostas apresentadas que ferem os princípios fundamentais.

Os argumentos favoráveis à proposta são no sentido de que quem porta um fuzil está prestes a causar um mal e já haveria a chamada “agressão iminente”, um dos requisitos para a aplicação da legítima defesa. Já para os que criticam as propostas, só se pode atirar se houver uma ação efetiva do criminoso. Caso contrário, a morte perpetrada pelo policial configura o crime de homicídio, contrariando resoluções da ONU sobre o uso da arma de fogo por esses agentes³⁵.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem entendimento consolidado que o uso da força letal por parte dos agentes do Estado deve ser considerado como o último recurso a ser adotado, com base em critérios de proporcionalidade e razoabilidade e que qualquer operação policial deve ser orientada à prisão, e não à privação da vida de um eventual infrator³⁶.

Para o sociólogo Ignacio Cano³⁷,

A noção de atirar e matar alguém que está de posse de uma arma ilegal significa rasgar a Constituição, que só prevê pena de morte em tempo de guerra, e rasgar

³³MENDONÇA, Alba Valéria; MARTINS, Marco Antônio. *Proposta de Witzel para ‘abater com snipers’ dependeria de mudança de lei, diz ministro*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/10/31/proposta-de-witzel-para-abater-com-snipers-dependeria-de-mudanca-na-lei-diz-ministro.ghtml>> Acesso em: 17 set. 2019.

³⁴Ibid.

³⁵SCHMIDT, Selma. *Silva x Costa, sobre o direito de abate*. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/silva-costa-sobre-direito-de-abate-23408811>> Acesso em: 17 set. 2019.

³⁶CORTE IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentença de 27 de agosto de 2014, série C, n. 281 par. 130. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/83012ab911083d3d26f7b00211847736.pdf>> Acesso em: 03 nov. 2019.

³⁷PENNAFORT, Roberta; O Estado de S. Paulo. *Proposta de Witzel de abater criminosos com fuzis é ilegal, dizem especialistas*. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,proposta-de-witzel-de-abater-criminosos-com-fuzis-e-ilegal-dizem-especialistas,70002581506>> Acesso em: 17 set. 2019.

tratados internacionais que o Brasil assinou. Decreta a pena de morte automática, na rua, e sem apelação. É um absurdo jurídico completo.

Para esse tipo de enfrentamento, o governador pretende se valer dos chamados “snipers”, que são atiradores de elite que atuam em situações de confronto e neutralizam alvos selecionados. O ministro da Justiça e Segurança Pública declarou³⁸ que desconhece “snipers” de Witzel, mas que o policial não precisa esperar levar um tiro de fuzil para reagir.

O fato é que apenas no ano de 2019, oito operações foram realizadas na comunidade da Maré com o uso de helicópteros que são chamados pelos moradores de “caveirão voador” e contam com o auxílio de atiradores de elite, o que gerou um aumento da letalidade em comparação ao ano de 2018³⁹.

Diante do aumento da letalidade, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro ingressou com uma ação civil pública pleiteando um protocolo de medidas a serem adotadas durante operações policiais no Complexo da Maré⁴⁰. Contudo, a ação foi arquivada.

Diante do cenário de terror vivido por moradores da Maré, crianças moradoras da comunidade escreveram cartas dirigidas ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com desenhos mostrando helicópteros sobre as casas e policiais atirando em moradores, como o pedido de uma das crianças que diz:

Senhores juízes, quando vocês mandam ter operação aqui, na Maré, os policiais nem avisam. Eles entram de helicóptero dando tiro de cima pra baixo (...) Quando tem operação, nenhum dos moradores fica na rua, porque já sabe que os policiais vão matá-los também, também pensa que nós somos bandidos⁴¹.

Cumpre destacar que no ano de 2018 foi editada a Instrução Normativa nº 03 da Secretaria de Estado de Segurança do Rio de Janeiro⁴², a qual estabelece os procedimentos a serem adotados nas operações policiais em “áreas sensíveis” e de acordo com o art. 3º, inciso I da mencionada Instrução, as operações policiais devem ser regidas pelo princípio da

³⁸ LUNA, Denise; DOLZAN, Márcio. *Moro diz que desconhece ‘snipers’ de Witzel mas aprova permissão para o 1º tiro*. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,moro-diz-que-desconhece-snipers-de-witzel-mas-aprova,70002776844>> Acesso em: 17 set. 2019.

³⁹ G1 RIO. *Moradores da Maré entregam cartas à Justiça do RJ pedindo que ações para proteger a população sejam retomadas*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/08/13/moradores-da-mare-entregam-cartas-a-justica-do-rj-pedindo-que-aco-es-para-protoger-a-populacao-sejam-retomadas.ghtml>> Acesso em: 17 set. 2019.

⁴⁰ O DIA. *Defensoria Pública do Rio quer protocolo para ação da PM na Maré*. Disponível em: <<https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2019/08/5671742-ong-lanca-levantamento-sobre-aumento-da-violencia-nas-16-favelas-da-mare-em-2019.html>> Disponível em: 29 set. 2019.

⁴¹ Ibid.

⁴² BRASIL. *Instrução normativa SESEG nº 03, de 02 de outubro de 2018*. Disponível em: <http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=21053> Acesso em: 17 set. 2019.

preservação da vida e disparos de arma de fogo a partir de aeronaves só devem ocorrer quando estritamente necessário para a legítima defesa dos tripulantes e da população civil.

Em agosto de 2019 o senador Flávio Bolsonaro apresentou ao Senado Federal o Projeto de Lei nº 4640/2019⁴³ que estabelece o denominado “suicídio policial” e trata como suicídio a morte de criminosos que se exponham a situações de risco, considerando como suicida o suspeito que se recusa a se entregar à polícia e a ausência de crime caso um agente policial mate alguém para “prevenir ou repelir injusta agressão a sua vida ou a de outrem”.

Pelo exposto, observa-se que inúmeras são as tentativas de alteração do Código Penal a fim de permitir que a excludente de ilicitude da legítima defesa seja aplicada de forma ampla aos agentes da segurança pública que praticarem delitos em conflitos armados.

É sabido que o estado do Rio de Janeiro passa por uma grave crise na segurança pública e os índices de violência aumentam a cada ano, inclusive as mortes de policiais em situação de serviço ou fora dele⁴⁴. No entanto, não é possível se considerar que toda e qualquer situação esteja amparada pelo instituto da legítima defesa, porque o que ocorre – muitas vezes – é uma situação de excesso por parte dos agentes da segurança pública e até uma fraude processual para forjar a cena do crime, dando legitimidade as suas condutas.

Inúmeros são os casos em que a conduta fraudulenta dos policiais restou comprovada após o fim das investigações: “Os meninos de Costa Barros” em que cinco meninos que voltavam do Parque de Madureira foram assassinados por policiais que após atingirem as vítimas, plantaram uma arma na cena do crime; as chacinas da Candelária e de Vigário Geral e, recentemente, quando policiais do exército fuzilaram um carro com uma família dentro em Guadalupe⁴⁵.

No entanto, dentre os poucos casos que são levados ao judiciário – normalmente, por uma pressão midiática - os policiais são absolvidos porque ainda há por parte da população uma legitimidade na conduta dos agentes públicos.

Certo é que o problema da segurança pública deve ser solucionado por meio de políticas públicas, mais educação nas comunidades, cursos técnicos de aperfeiçoamento para os agentes da segurança pública e não por meio de alterações legislativas que instituem uma verdadeira “pena de morte” e colocam a população mais humilde em risco de vida, tornando-a desamparada dos seus direitos fundamentais.

⁴³ BRASIL. *Projeto de lei nº 640*, de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138227>> Acesso em: 17 set. 2019.

⁴⁴ INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA, op. cit., nota 23.

⁴⁵ O GLOBO, op cit., nota 16.

O presente trabalho trouxe um panorama geral sobre as propostas de “abater” criminosos, especialmente no tocante ao projeto de lei anticrime, cujo texto é de iniciativa do Ministro da Justiça Sérgio Moro.

Conforme exposto, o estudo do tema é de fundamental importância uma vez que os números de mortes cometidas por agentes públicos vêm batendo recordes mensais, com o maior percentual da série histórica calculada pelo Instituto de Segurança Pública (ISP). No período de janeiro a agosto de 2019, já ocorreram 1249 mortes, um aumento de 16,2% em relação ao mesmo período do ano de 2018.

Assim, pretendeu-se demonstrar a aplicação do instituto da legítima defesa no atual Código Penal e a origem histórica dos chamados “autos de resistência”, termo atualmente substituído nos procedimentos investigatórios por “mortes decorrentes de intervenção policial”, uma vez que o termo anterior pressupunha uma ideia de resistência.

Outrossim, buscou-se esclarecer a “teoria do direito penal do inimigo” de Jakobs, jurista alemão que inspirou a produção dos códigos alemães, o qual vislumbra o criminoso como um inimigo do estado e, por isso, não possui as mesmas garantias constitucionais que os demais cidadãos.

De acordo com Moro, suas propostas são inspiradas no Código Penal alemão e no Código Penal de Portugal, segundo o qual o agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis.

Portanto, demonstrou-se uma relação entre as propostas apresentadas e a teoria cunhada pelo jurista alemão em nome de um combate ao tráfico de drogas e um possível aumento da segurança pública.

Por fim, cumpre destacar que o grupo de trabalho na Câmara dos Deputados rejeitou em setembro deste ano, por 9 a 5 votos, a proposta do Ministro, que ampliava as situações que poderiam ser consideradas legítima defesa para incluir excessos decorridos de “escusável medo, surpresa ou violenta emoção”, por serem termos amplos demais.

Isto demonstra o questionamento das medidas não só por parte da população e de estudiosos sobre o tema, mas também a divisão de opiniões entre os próprios parlamentares.

A inconstitucionalidade da proposta deve ser analisada a fim de evitar o aumento do número de mortes de moradores das comunidades, de policiais militares e principalmente, uma guerra urbana. Além disso, as alterações legislativas podem ser entendidas como estímulo a violência ilegítima por parte dos agentes da segurança pública, ensejando a

responsabilização internacional do país, por violação aos tratados em que o Brasil é signatário.

As cartas enviadas por crianças moradores da Comunidade da Maré demonstram uma necessidade e expectativa de maior atuação do poder judiciário a fim de regular a atuação dos agentes da segurança pública durante operações policiais em locais mais vulneráveis, onde a presença do Estado não é constante.

Cumprindo, ainda, ao Poder Judiciário, em razão da separação dos poderes, analisar, após o procedimento investigatório realizado pelo Ministério Público e pela Delegacia de Polícia, se o policial agiu ou não amparado pela excludente de ilicitude da legítima defesa e não ao legislador criar um salvo-conduto para esses agentes ampliando extensivamente a hipótese de aplicação de modo a instituir uma “pena de morte disfarçada”.

É necessário reduzir o número de homicídios e letalidade das operações policiais a fim de evitar mortes como a de Agatha, uma criança de 08 anos, morta ao lado da mãe no interior de uma Kombi no Complexo do Alemão, e não estimular esses confrontos que acabam com a vida de centenas de pessoas todos os dias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Instrução normativa SESEG nº 03*, de 02 de outubro de 2018. Disponível em: <http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=21053> Acesso em: 17 set. 2019.

_____. *Projeto de lei anticrime*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>> Acesso em: 16 set. 2019.

_____. *Projeto de lei nº 640*, de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138227>> Acesso em: 17 set. 2019.

CARNEIRO, Julia Dias. *Cinco motivos que levaram o Rio à pior crise de segurança em mais de uma década*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-39816208>> Acesso em: 04 out. 2019.



CORTE IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentença de 27 de agosto de 2014, série C, n. 281. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/83012ab911083d3d26f7b00211847736.pdf>> Acesso em: 03 nov. 2019.

G1 RIO. *Moradores da Maré entregam cartas à Justiça do RJ pedindo que ações para proteger a população sejam retomadas*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/08/13/moradores-da-mare-entregam-cartas-a-justica-do-rj-pedindo-que-aco-es-para-prot-e-g-er-a-populacao-sejam-retomadas.ghtml>> Acesso em: 17 set. 2019.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 13. ed. Niterói: Impetus, 2019.

_____. *Curso de Direito Penal: (Parte Geral)*. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Força Letal – Violência Policial e Segurança Pública no Rio de Janeiro e em São Paulo*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/report/2009/12/08/256012>> Acesso em: 08 out. 2019.

_____. *O Bom Policial Tem Medo – Os Custos da Violência Policial no Rio de Janeiro*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/report/2016/07/07/291589>> Acesso em: 18 ago. 2019.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Segurança Pública em números: Evolução dos principais indicadores de criminalidade e atividade policial no estado do Rio de Janeiro de 2003 a 2018*. Disponível em: <<http://www.ispdados.rj.gov.br/SiteIsp/SegurancaEmNumeros2018.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2019.

_____. *Séries históricas anuais de taxa de letalidade violenta no estado do Rio de Janeiro e grandes regiões*. Disponível em: <<http://www.ispdados.rj.gov.br/Arquivos/SeriesHistoricasLetalidadeViolenta.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LUNA, Denise; DOLZAN, Márcio. *Moro diz que desconhece ‘snipers’ de Witzel mas aprova permissão para o 1º tiro*. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,moro-diz-que-desconhece-snipers-de-witzel-mas-aprova,70002776844>> Acesso em: 17 set. 2019.

MENDONÇA, Alba Valéria; MARTINS, Marco Antônio. *Proposta de Witzel para ‘abater com snipers’ dependeria de mudança de lei, diz ministro*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/10/31/proposta-de-witzel-para-abater-com-snipers-dependeria-de-mudanca-na-lei-diz-ministro.ghtml>> Acesso em: 17 set. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL. *Princípios relativos a uma Prevenção eficaz e à Investigação das Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias*. Disponível em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/principios-execucoes.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Princípios básicos sobre a utilização da força e de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/principios_basicos_arma_fogo_funcionarios_1990.pdf> Acesso em: 18 ago. 2019.

MISSE, Michel. “*Autos de Resistência*”: Uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011). Disponível em: <http://fopir.org.br/wp-content/uploads/2017/04/PesquisaAutoResistencia_Michel-Misse.pdf> Acesso em: 03. nov. 2019.

O DIA. *Defensoria Pública do Rio quer protocolo para ação da PM na Maré*. Disponível em: <<https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2019/08/5671742-ong-lanca-levantamento-sobre-aumento-da-violencia-nas-16-favelas-da-mare-em-2019.html>> Disponível em: 29 set. 2019.

O GLOBO. *Mortes provocadas por policiais, e 10 casos de violência que chocaram o Rio*. Disponível em: <<https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/mortes-provocadas-por-policiais-10-casos-de-violencia-que-chocaram-rio-19654901>> Disponível em: 04 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 18 ago. 2019.

PENNAFORT, Roberta; O Estado de S. Paulo. *Proposta de Witzel de abater criminosos com fuzis é ilegal, dizem especialistas*. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,proposta-de-witzel-de-abater-criminosos-com-fuzis-e-ilegal-dizem-especialistas,70002581506>> Acesso em: 17 set. 2019.

PONTES, Felipe. *Resolução determina fim dos autos de resistência em registros policiais*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-01/resolucao-determina-fim-dos-autos-de-resistencia-em-registros-policiais>> Acesso em: 03 nov. 2019.

SENADO FEDERAL. *História do combate às drogas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>> Acesso em: 04 out. 2019.

SCHMIDT, Selma. *Silva x Costa, sobre o direito de abate*. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/silva-costa-sobre-direito-de-abate-23408811>> Acesso em: 17 set. 2019.

WIKIPEDIA. *Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_penal_do_inimigo> Acesso em: 04 out. 2019.



FAMÍLIA MULTIESPÉCIE: UMA ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À VISITAÇÃO

Amanda Souza Linhares

Graduada pela Universidade Estácio de Sá

Resumo– O presente trabalho tem como escopo analisar o surgimento da família multiespécie e sua relevância na atualidade. Em consequência, visa abordar os casos de separação conjugal levadas ao Judiciário, em que envolva a disputa pelo pet. Dessa maneira, os magistrados têm se socorrido da aplicação por analogia dos institutos do direito de família como a visitação. No entanto, como se verá, esse instituto ganha outra natureza jurídica quando envolve a relação entre humanos e animais não humanos.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Animais de estimação. Direito à visitação.

Sumário–Introdução.1. O poder do afeto no âmbito jurídico e chamada família multiespécie. 2. A lacuna legislativa para regulamentar a relação de animal adquirido para proporcionar afeto. 3. Uma análise da natureza jurídica do regime de visitação aplicável aos animais de estimação quando ocorre uma dissolução conjugal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa o novo tipo de arranjo familiar advindo com a pós-modernidade, a chamada família multiespécie, composta por pessoas e animais, estes em sua maior parte cachorros de estimação - *pets* -, os quais vêm sendo elevados ao *status* de membros da família, e tratados como filhos.

Em breve contexto histórico, a família na vigência no Código Civil de 1916, era vista tão somente com fins de reprodução, pois, como a visão era patrimonialista, a hierarquia prevalecia nas relações, hoje, contudo, com a Constituição Federal de 1988, a família, movida pela grande força propulsora do afeto, ganha a cada momento novos arranjos os quais merecem cuidado e proteção por parte do Estado.

A afetividade criou ao longo dos anos diversos tipos de estruturas familiares distintas das tradicionalmente conhecidas. Frisa-se com isso a sua força como instrumento de concretização da felicidade e valorização do indivíduo como sujeito de direitos.

O neoconstitucionalismo, fenômeno que trouxe a releitura do sistema jurídico como um todo sob a égide da dignidade da pessoa humana, fez com que conceitos outrora tidos como

sólidos, ganhassem uma nova roupagem com o fito de acompanhar as mudanças sociais, como exemplo, a própria definição de família.

Dentro desse panorama, inclui-se a discussão acerca da natureza jurídica dos animais, classificados ainda pelo Código Civil como semoventes, no entanto, tratados por aqueles que os adquirem com a função de proporcionar afeto como verdadeiros membros da família, sendo possível cogitar uma possível equiparação/igualdade de direitos da pessoa natural.

A despeito dessa afirmativa, surge a necessidade de aprofundar o tema, pois há uma evidente lacuna legislativa para regulamentar esse novo tipo de família e os problemas daí advindos, como nos casos de separação conjugal em que ambos desejam ficar com o animal, o que leva os magistrados a recorrerem à aplicação de institutos oriundos do direito de família, como o direito à visitação.

Para tanto o presente trabalho tem o escopo de defender a relevância do afeto nas relações sociais e jurídicas, capaz não só de formar novos arranjos familiares, como também mitigar o conceito de propriedade, ou se visto por outro ângulo, de elevar os animais de estimação ao status de membro da família, já que nos casos de separação conjugal, uma das partes pode ter direito à visitação do animal que pertence ao outro cônjuge.

Ademais, a pesquisa visa também alertar sobre a necessidade de se positivar uma legislação com critérios objetivos a fim de regulamentar a relação entre pessoas e animais adquiridos com a função de proporcionar afeto, tendo em vista que se torna a cada dia ultrapassado encarar os animais não humanos apenas como pertença de uma universalidade de bens regidos pelo respectivo regime jurídico do casamento.

Assim, exposto tal cenário que só tende a crescer na atualidade, surgem as seguintes reflexões: qual a extensão e importância do afeto, sendo capaz de constituir este arranjo familiar composto por pessoas e animais? Sendo o afeto de caráter subjetivo, teria limites sua aplicação na seara jurídica? Como devem ser tratados pelo Direito os animais de estimação adquiridos com a função de proporcionar afeto? Há lei que regule o tema? Os animais de estimação seriam igualados ou equiparados em direitos à pessoa natural? Em caso de separação conjugal, qual a natureza jurídica do regime de visitação aplicado aos animais e com que finalidade é aplicado?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, visto a possibilidade de decisões contraditórias e insegurança jurídica, posto que a intervenção do Poder Judiciário para dirimir conflitos familiares é sempre uma opção delicada.



Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a família multiespécie, que por si já é um acontecimento em especial, tendo em vista o próprio desconhecimento da terminologia, e ademais, a possibilidade de hoje ser considerada família a união de pessoas e animais de estimação.

O segundo capítulo aborda como o ordenamento jurídico classifica os animais e com isso, aponta-se a lacuna legislativa para a regulamentação desse tipo familiar.

E por fim, o terceiro capítulo da pesquisa visa analisar o porquê do emprego do instituto da visitação/guarda aos animais de estimação nos casos de separação conjugal, sendo por oportuno aclarar a natureza jurídica do instituto nessa hipótese, já que como se verá adiante possui outra finalidade.

Desse modo, será adotado o método hipotético-dedutivo, pois se pretende colecionar hipóteses, as quais serão estudadas, confrontadas e analisadas tanto na teoria quanto na prática para que se chegue à conclusão pretendida.

Portanto, para a feitura deste trabalho, a abordagem escolhida é a qualitativa, uma vez que se permite ao pesquisador sustentar sua tese com base em obras literárias, doutrinas, leis e jurisprudências, com o fito de sustentar a tese.

1. O PODER DO AFETO NO ÂMBITO JURÍDICO E A CHAMADA FAMÍLIA MULTIESPÉCIE

Para pontuar o contexto, precisa-se saber de antemão que o ser humano por sua essência é um ser gregário, isto é, vive em bando ou em grupos. Desde os tempos primórdios até os dias atuais, procura se organizar em diferentes núcleos a fim de estabelecer sua vida em sociedade. O grupo mais sólido dentre tantos, sem dúvidas é a família.

A família, que outrora era concebida tão somente pela união por meio do casamento entre homem e mulher, ganhou, com a pós-modernidade e suas revoluções culturais e sociais, novos arranjos, como por exemplo, a família homoafetiva, a monoparental, a aparental, a socioafetiva, e também aquelas formadas por seres humanos e animais não humanos, a chamada família multiespécie.

Segundo Élide Seguin¹:

[...] nessa esteira, surgem novas possibilidades familiares, além daquelas construídas por pais e filhos, ou seja, humanos, em qualquer configuração atualmente admitida, para as famílias que tem laços afetivos com os animais, reforçando nosso vínculo com outras espécies e nossa inter-relação com o meio ambiente. Essa é a família multiespécie composta pela espécie humana e animal, mas formada essencialmente pelo vínculo afetivo.

Dentro desse panorama o afeto se destaca como a grande força motriz a impulsionar os novos arranjos familiares, e, dado seu aspecto intimamente subjetivo, é capaz de criar a qualquer instante, novas estruturas familiares, por isso, merece atenção especial do meio jurídico na busca da harmonização das leis com tais avanços sociais.

A afetividade segundo Maria Berenice Dias² é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico, é a verdadeira norteadora das decisões que envolvem esse assunto, e é com base nisso que se as legitimam.

Os animais são ainda definidos pela lei como semoventes - embora esteja em trâmite no Congresso Nacional a reforma desse conceito para classificá-los como seres sencientes – nesse passo, são tratados como móveis/coisas atrelados então ao conceito de propriedade e objeto de direito. No entanto, não se pode olvidar de que aqueles adquiridos com a função de companhia geram em seus donos sentimentos e laços tão singulares e fortes de afeto que são capazes de serem enquadrados como verdadeiros membros da família.

Surge nesse ponto uma questão importante: teria o afeto o poder de converter a natureza jurídica dada aos animais? No julgamento do Recurso Especial nº 1713167/SP³ de relatoria no ministro Luis Felipe Salomão, foi conferido direito de visitação a animal de estimação após dissolução de uma união estável, o que indica uma forte tendência dos Tribunais Superiores em não ver mais o animal como mera coisa, e sim, um ser que goza de proteção bem como determina o mandamento constitucional – art. 225§1º, inciso VII⁴. No entanto, frisaram que isso não teria o condão de alterar a natureza jurídica dos animais.

¹SEGUIN,Élide; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. *Revista de Direito Ambiental* 2016, RDA- v.82 (abril - junho 2016), Biodiversidade, p. 07 [ebook].

²DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. rev. e atual: São Paulo: ABDR. 2016, p.84.

³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1713167/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288>> Acesso em: 08 mai. 2019.

⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 mai. 2019.

O ministro destacou no voto que⁵ “o regramento jurídico dos bens não vem se mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os *pets*, visto que não se trata de mera discussão envolvendo posse e propriedade”. Dessa forma, mostra-se notória a relevância desse novo tipo familiar, visto que por serem relações que estabelecem vínculos entre seres humanos e animais não humanos, urge a necessidade de estudo do caso, pois as leis existentes não regulam as relações de afeto entre animais e seres humanos.

Destarte, os animais não se equiparariam ao ser humano, tampouco teriam direitos da personalidade, contudo, por serem encarados pela ótica vanguardista como seres sencientes – dotados de sensibilidade- devem ter o seu bem-estar considerado.

Assim, nas palavras do Min. Luis Felipe Salomão⁶:

[...] portanto, buscando atender os fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, independentemente do *nomen iuris* a ser adotado, penso que a resolução deve, realmente, depender da análise do caso concreto, mas será resguardada a ideia de que não se está diante de uma “coisa inanimada”, sem lhe estender, contudo, a condição de sujeito de direito. Reconhece-se, assim, um terceiro gênero, em que sempre deverá ser analisada a situação contida nos autos, voltado para a proteção do ser humano, e seu vínculo afetivo com o animal[...]

Essa visão de proteção está ligada aos direitos de terceira geração, embasado pelo princípio da solidariedade, em que se visa à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado em todos os níveis, e com isso, tangencia por certo a proteção aos animais, em seu habitat natural ou quando estão inseridos em lares domésticos.

Insta repisar que embora esse tipo familiar suscite discussões acerca do animal em si e os direitos e deveres daí advindos, ao fim de tudo a preocupação é sempre preservar a dignidade da pessoa humana e seu afeto com o animal.

O acórdão do Tribunal que reformou a sentença do processo nº 2017/0239804-9, o qual deu origem ao Recurso Especial nº 1713167/SP firmou-se no seguinte sentido⁷:

[...] considerando que na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, mostra-se possível a aplicação analógica dos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas. Todavia, isso não significa que a saúde do bicho de estimação não é levada em consideração, visto que o art. 32 da Lei n. 9.605/1998 pune com pena privativa de liberdade e multa quem “praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais (...) domésticos ou domesticados”[...]

⁵BRASIL, op.cit, nota 3.

⁶Ibid.

⁷ Ibid

Tendo em vista a crescente formação de famílias dessa estrutura, conforme demonstra a reportagem do jornal O globo com dados fornecidos pelo IBGE⁸ a qual afirma haver mais animais domésticos nos lares do que crianças, aumentaram as demandas judiciais acerca dos impasses causados com essa nova tendência, o que levam os juízes, dada a falta de legislação específica, se socorrem da razoabilidade e proporcionalidade para aplicação de institutos jurídicos inerentes ao direito de família, como o direito de visitação aos animais.

Em suma, fato é que o afeto transmutou o que outrora era concebido como família. Muito embora os animais não sejam iguais aos seres humanos em sua essência, com o afeto foram elevados ao status de membro da família, bem como possibilitou a mitigação do conceito de propriedade, o que fez gerar verdadeiro direito à composses para satisfação não só do bem-estar do animal, como também no socorro à preservação da dignidade da pessoa humana.

Por último, necessário fazer um apontamento acerca da alta subjetividade do afeto, que pode levar a uma incerteza jurídica. Para tanto é urgente a elaboração de uma lei que defina critérios objetivos sobre o compartilhamento do animal, a fim de preservar os institutos direcionados à proteção de pais e filhos como guarda e visitação, os quais são aplicados analogicamente aos casos envolvendo animais.

2. OS ANIMAIS SEGUNDO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A priori os animais são definidos pela legislação brasileira como sendo semoventes, ou seja, se enquadram no artigo 82 do Código Civil⁹ que prediz “são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substancia ou da destinação econômica”. Sob esse aspecto o animal está intrinsecamente ligado à essência de posse e propriedade, podendo seu dono, conforme o artigo 1232 do CC¹⁰, dispor ao seu melhor interesse.

Decerto que essa definição se encontra obsoleta, pois como se sabe, o afeto, sendo o grande marco social nos dias atuais, possibilitou ampliar a proteção e tutela jurídica, não só aos *pets*, mas também àqueles animais que não convivem no meio doméstico.

⁸KNOPLOCH, Carol. *Brasil tem mais cachorros de estimação do que crianças, diz pesquisa do IBGE*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/brasil-tem-mais-cachorros-de-estimacao-do-que-criancas-diz-pesquisa-do-ibge-16325739>> Acesso em: 08 mai. 2019

⁹BRASIL. *Código Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹⁰Ibid.



Ao que tudo indica, essa mutação fática com o surgimento da família multiespécie, aliado a maior proximidade do homem com as questões ambientais, operou efeitos na seara jurídica, visto que o plenário do Senado aprovou em 07/08/2019 o projeto de lei 27/2018 que cria o regime jurídico especial para os animais. O projeto segue para votação na Câmara dos Deputados.

Esse marco civilizatório, segundo o Senado Federal¹¹ “estabelece que os animais passam a ter natureza jurídica *sui generis*, como sujeitos de direitos despersonalizados”. Assim, os animais deixam de ser enquadrados como semoventes e passam a ser seres sencientes.

De acordo com a fonte supracitada¹²:

o texto também acrescenta dispositivo à Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605, de 1998) para determinar que os animais não sejam mais considerados bens móveis para fins do Código Civil (Lei 10.402, de 2002). Com as mudanças na legislação, os animais ganham mais uma defesa jurídica em caso de maus tratos, já que não mais serão considerados coisas, mas seres passíveis de sentir dor ou sofrimento emocional.

Dessa forma, o Brasil galga credibilidade no cenário nacional e internacional ao ajustar sua legislação às mudanças sociais, igualando-se a países como França e Nova Zelândia, que adotam essa linha de entendimento¹³.

Ademais, no cotejo de ações em varas de família, em que se discute ao fim de uma sociedade conjugal quem ficará com o animal, a partir dessa mudança legislativa, os animais que outrora eram tratados como coisas, passam a integrar as discussões de uma forma mais aprofundada a fim de avaliar o grau de afetividade e proximidade com seus guardiões, isto é, deixam de ser objeto de direito e passam a ser seres dotados de sensibilidade.

Em suma, o que se pretende ao cabo é construir uma sociedade mais consciente, fraterna e solidária, e isso inclui a proteção ao meio ambiente como um todo, inclusive no tratamento com os animais não humanos. Dessa forma, estar-se-á dando validade ao mandamento constitucional insculpido no artigo 225§1º, inciso VII, que ressalta a obrigação do Poder Público em proteger a fauna e a flora e coibir práticas cruéis aos animais.

¹¹SENADO. *Senado aprova projeto de lei que cria natureza jurídica para os animais*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/07/senado-aprova-projeto-que-inclui-direitos-dos-animais-na-legislacao-nacional>> Acesso em: 02 set. 2019.

¹²Ibid.

¹³ CHAVES, Marianna. *Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: Reconhecimento da família multiespécie?* Artigo Científico, 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1052/Disputa+de+guarda+de+animais+de+companhia+em+sede+de+div%C3%B3rcio+e+dissolu%C3%A7%C3%A3o+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel%3A+reconhecimento+da+fam%C3%ADlia+multiesp%C3%A9cie%3F>> Acesso em: 02 fev. 2020.

Os direitos de terceira dimensão, segundo Marcelo Novelino¹⁴, “que são ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente”, ganham espaço substancial no cenário atual, visto que a sustentabilidade é o grande cerne da própria manutenção de todas as espécies na atmosfera terrestre. Assim, manter um ambiente ecologicamente equilibrado, a fim de preservá-lo para as gerações futuras é uma obrigação imposta a todos.

No que concerne propriamente à legislação aplicada nos casos de separação conjugal envolvendo os animais não humanos, registra-se a ausência de parâmetros legais objetivos, o que leva os magistrados a se socorrerem da legislação aplicada ao Direito de Família, como por exemplo, a guarda, a visitação e os direitos de natureza patrimonial, como pensão.

Ocorre que aplicar esses institutos, de acordo com a legislação vigente, é formalmente inadmissível, visto que a guarda, por exemplo, prevista no artigo 1583 a 1590 do Código Civil¹⁵, por constituir um direito-dever que os pais têm em relação aos filhos, ao ser aplicado em relação aos animais denota um desvirtuamento da essência do instituto, podendo gerar insegurança jurídica.

Ressalta-se a existência de um Projeto de Lei nº 1365/15¹⁶, de autoria do deputado Ricardo Tripoli, que embora esteja arquivado na Câmara dos Deputados, estabelece critérios concretos a fim de definir a guarda dos pets, se unilateral ou compartilhada, bem como a possibilidade de aplicação de sanção em caso de descumprimento dos deveres impostos, assim destaca-se o artigo 2º do PL, que traduz o âmago do projeto:

decretada a dissolução da união estável hetero ou homoafetiva, a separação judicial ou o divórcio pelo juiz, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos animais de estimação, será essa atribuída a quem demonstrar maior vínculo afetivo com o animal e maior capacidade para o exercício da posse responsável.

Em que pese essa ausência legislativa, o Judiciário ao ser instado a se manifestar precisa dar uma solução aos casos, e, aparentemente, a mais adequada atualmente, é aplicar por analogia os institutos do direito de família (guarda, visitação, alimentos).

Destarte, cita-se o Enunciado nº 11 do Instituto Brasileiro de Direito de Família¹⁷ que dispõe “na ação destinada a dissolver casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a

¹⁴NOVELINO apud Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p.362/364

¹⁵BRASIL, op. cit, nota 8.

¹⁶BRASIL. *Projeto de Lei nº 1365/15*, de maio de 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=97E7A227354389909AA98DC71F73396C.proposicoesWebExterno2?codteor=1328694&filename=PL+1365/2015> Acesso em: 15 out. 2019.

¹⁷IBDFAM. *Enunciado nº 11*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>> Acesso em: 02 set. 2019.



custódia compartilhada do animal de estimação do casal”. É com base nesse critério que a doutrina e jurisprudência caminham frente ao Legislativo, por ora, inerte ao enfrentar essa problemática, com o objetivo de delimitar o alcance da proteção dos direitos extensíveis aos animais.

Importante destacar o voto vencido da ministra Maria Isabel Gallotti, no julgamento do Resp. nº1713167/SP¹⁸, pois marca uma posição mais legalista quanto ao tema:

[...]que não há fundamento, data maxima venia, seja sob prisma de limitação do direito de propriedade, seja sob o instituto da comosse, porque aqui sequer há comosse, pois é incontroverso que o animal pertence à ré e, após a separação, está sob a sua posse. Penso que também não se trata da dignidade da pessoa humana e que, compreendidas nas agruras inevitáveis de uma separação, várias circunstâncias causam profundo sofrimento e a elas o Direito não pode dar solução. Esse sofrimento encontra melhor amparo na psicologia, não cabendo, ao meu sentir, regulamentação de visitas do animal. Mesmo que sob o título de "limitação do direito de propriedade", segundo o entendimento do eminente Relator, na prática, houve regulamentação de visitas, nos mesmos moldes previstos para menores[...]

Feita tais ponderações, tem-se que o uso da analogia é válido, porém arriscado, tendo em vista a possibilidade de gerar uma tensão/instabilidade jurídica ante a ausência de definições específicas. Assim, ao se adotar o entendimento de aplicar os institutos do Direito de Família, não se pode esquecer da grande sensibilidade dos Tribunais em reconhecer o vínculo afetivo dos animais e seus donos, visando a proteção do próprio núcleo familiar e da dignidade da pessoa humana, visto que tanto os guardiões, quanto os animais sofrem com a ausência um do outro.

Nessa toada de avanços paradigmáticos, tem-se que o animal está cada vez mais inserido na sociedade, deixando de exercer um papel puramente mercadológico, qual seja, voltado para o consumo ou distrações culturais, para exercer um papel social relevante, como membros da família, cumprindo um papel de filhos muitas vezes, aptos assim, a ensejar disputas familiares para obter no Judiciário direito à guarda e à visitação.

Como já cediço, o Direito precisa acompanhar as mudanças sociais, e criar uma legislação específica, voltada exclusivamente para tutelar esses interesses, demonstra a preocupação do sistema jurídico em dar existência e reconhecer a pluralidade das famílias, as quais são o âmago, o núcleo basilar de todo ser humano.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.

3- UMA ANÁLISE ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À VISITAÇÃO

Em linhas gerais, como já explanado nos capítulos anteriores, é nítida a importância que deve ser dada às famílias multiespécie, visto ser o tipo de família que mais tende a crescer nos dias atuais, seja porque as pessoas optem por não terem filhos biológicos, seja pela maior aproximação do homem com o animal, seja pelo menor custo, não importa o motivo, o Direito precisa conferir tratamento adequado e dar suporte e amparo jurídico em consonância aos valores constitucionais da liberdade e da isonomia.

Ao se deparar com uma causa envolvendo disputa por animais ao fim de uma separação judicial o magistrado deve ser um profissional dotado não só da expertise de conhecer a aplicação da lei, porém, e mais importante, deve ter uma sensibilidade capaz de conseguir conjugar a dualidade de interesses dos guardiões, bem como tutelar os direitos dos animais.

O direito à visitação, insculpido no art. 1589 do Código Civil¹⁹, permite que aquele que não tenha a guarda, seja pai ou mãe, possa visitar e ter em sua companhia o filho, segundo o acordado entre os pais ou fixado pelo juiz. Frisa-se, portanto, que essa faculdade, está intimamente ligada ao direito subjetivo do menor de ter durante a vida a companhia de ambos os pais, conforme preceitua o art. 227 da Constituição²⁰, quando diz respeito sobre a convivência familiar.

A natureza jurídica do direito de visitação, entre pais e filhos, melhor chamado de regime de relacionamento, ou direito de convivência, nas palavras de Maria Berenice Dias²¹ é definido como:

o direito de convivência não é assegurado somente ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. É direito da criança manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito. É totalmente irrelevante a causa da ruptura da sociedade conjugal para a fixação do regime convivencial. O interesse a ser resguardado, prioritariamente, é o do filho, e objetiva atenuar a perda da convivência diuturna na relação parental.

A celeuma exsurge no campo da família multiespécie visto que o direito à visitação não é centralizado à proteção dos filhos nem na preservação do melhor interesse da criança, como bem definiu Maria Berenice, mas sim perpassa pela conjugação de interesses, de um lado o dos

¹⁹ BRASIL, op.cit, nota 8.

²⁰ BRASIL, op.cit, nota 4.

²¹DIAS, op. cit, p. 892 e 893.



guardiões, intrínseco ao princípio da dignidade da pessoa humana e do outro o dos animais, no tocante aos cuidados que lhes são inerentes.

Nessa toada, ao analisar o caso concreto deve o magistrado atentar-se para duas coisas, quem possui maior grau de afetividade com o animal, bem como ver em cada caso concreto quem é que possui melhores condições de proporcionar ao animal uma vida saudável.

Salienta-se que os magistrados usam também como critério, quem possui o registro do animal. Em que pese ser um critério objetivo, quando confrontado com o direito do outro cônjuge em também querer ter a guarda ou o direito à visitação, o critério acaba sendo relativizado pelo afeto, pois não se pode simplesmente ignorar os anseios e desejos da outra parte não detentora do registro em querer desfrutar da presença do animal, gerando um verdadeiro direito à comosse, ou, se visto de outro modo, dentro da ótica vanguardista, direito à guarda compartilhada.

Em tempos atrás, era praticamente inconcebível conceder aos animais o direito à pensão, visto considerar-se um direito exclusivo às pessoas, no entanto, em recentíssima decisão de dissolução consensual homologado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ficou convencionada a pensão de caráter vitalício ²²:

dos animais. O reclamante se compromete a pagar o valor de 10, 5% do salário mínimo nacional vigente à época do pagamento, atualmente equivalente a R\$ 104,79 (cento e quatro reais e setenta e nove centavos), por mês para as despesas de seus gatos (Cristal, Lua e Frajola) e cachorro (Frederico) todo dia 06 (seis) a começar de 06/05/2019 a ser pago através de depósito em conta corrente de nº .Valendo como recibo o comprovante de depósito bancário. Pagamento estes até o óbito dos mesmos.

O direito à visitação dos *pets*, portanto, configura uma mitigação do direito à propriedade, ou dito de outro modo, configura o verdadeiro reconhecimento do poder do afeto no meio social, revelando seus efeitos na seara jurídica.

Ao se elevar os animais como seres sencientes, ampliam-se as discussões e análises acerca da abrangência e da existência de limites da obrigação dos guardiões. Isso porque, quanto aos filhos (biológicos ou adotados), não há dúvidas de que ambos os pais possuem direitos e deveres recíprocos, ou seja, mesmo que o pai não tenha afeto pelo filho, ele é obrigado pela lei a prestar-lhe a devida assistência para o pleno desenvolvimento da criança ou adolescente.

Agora, quando em vez de filho humano existe um animal em jogo, será que persiste a obrigação de manutenção do sustento? Suponha-se que em uma dissolução de união estável, um

²²BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Reclamação nº 0005363-41.2019.8.26.0506* Disponível em: <<https://m'igalhas.com.br/arquivos /2019/8/art20190829-12.pdf>> Acesso em: 18 set. 2019.

dos companheiros não tenha o menor afeto com o animal, porém, detém condições econômicas, e o outro não, no entanto, queira ficar com o animal. Será que o juiz deve obrigar aquele que possui condições financeiras a pagar o custeio dos gastos com o animal, mesmo que não possua afeto?

Essa parece ser uma questão sensível e de difícil resposta imediata, dependendo sempre da avaliação pormenorizada de cada caso concreto, ante a ausência legislativa própria. Entretanto, se o deslinde partir da atual concepção de proteção aos animais parece razoável que aquele que tenha melhores condições econômicas seja compelido a contribuir, mesmo que não possua nenhum afeto com o animal.

Porque essa questão envolvendo os animais é tão interessante e necessita de uma legislação específica para tratar sobre o tema? Como cedo, os animais aos poucos foram sendo incorporados no nosso meio social, e hoje exercem um papel de relevo nas famílias, sendo responsáveis por relações tão fortes positivas de afeto com seus guardiões que se pode dizer que, muito embora não sejam iguados aos humanos, exercem o verdadeiro papel de membros da família.

Como bem enalteceu o ministro Luis Felipe Salomão no seu voto²³ “deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar é menor, ou se trata de mera futilidade”, muito pelo contrário, deve ser destinada atenção redobrada, pois envolve nisso o âmago da vida em si, que é o direito à felicidade em ter por perto o carinho e a companhia dos pets.

Até o presente momento, analisar sobre o direito à visitação não parece tão aberrante, pois é possível a extensão sem grandes debates, visto assegurar tanto o bem-estar do animal, quanto à felicidade dos donos, muito embora, exista clara distinção quando esse regime de visitação é empregado nas relações entre pais e filhos, visto que neste, o bem jurídico tutelado é sempre em última análise a proteção do melhor interesse da criança, visando sempre o pleno desenvolvimento das suas capacidades.

Muito embora quando o instituto empregado entre humanos e animais não humanos tenha outro foco, ou seja, é mais voltada à satisfação dos interesses dos guardiões, a aplicação dele na prática se revela razoável, pois foi uma maneira que o Judiciário encontrou de solucionar os litígios envolvendo esses personagens.

Em suma, o Direito tem como pilar principal a segurança jurídica, e isso deve sempre nortear todas as novidades que alteram o emprego da legislação, ou seja, a analogia apesar de

²³BRASIL, op.cit, nota 3.

ser um instrumento capaz de atender uma necessidade momentânea, não pode servir para guiar o jurista em longo espaço de tempo, pois isso pode gerar uma grande instabilidade jurídica, o que não é viável.

Não obstante haja no nosso sistema processual e material a força dos precedentes, não se pode ignorar que a existência de uma lei sempre confere maior seguridade e efetividade dos direitos nas relações, a fim de afirmar o caráter de definitividade das decisões judiciais.

Dentro desse espectro há a clemência social, e dos próprios membros do Poder Judiciário pela elaboração de uma legislação pautada em critérios objetivos a fim de conferir tanto aos donos, como aos pets, a devida segurança jurídica.

CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou uma situação social e jurídica relevante presente nos dias atuais, dado o elevado crescimento da chamada família multiespécie, qual seja, aquela composta por humanos e animais não humanos.

Tendo em vista a singularidade desse tipo familiar, há a necessidade de adoção de critérios mais objetivos a fim de regularizar as problemáticas surgidas, como já visto, por exemplo, os casos de separação conjugal em que envolva a guarda do animal.

O poder Legislativo, embora tenha iniciado alguns projetos de lei, não os levou adiante, o que leva o poder Judiciário, por meio do ativismo judicial, a dirimir os conflitos, aplicando por analogia os institutos dos direitos de família, como o direito à visitação.

Como já mencionado, a controvérsia que paira sobre o assunto é no tocante ao conflito existente entre a natureza jurídica dos animais – tratados ainda como semoventes pelo Código Civil- e o tratamento a eles hoje dado, sendo equiparados a membros da família, dessa forma, a questão sai da mera esfera de bens, posse e propriedade e adentra nos direitos da própria pessoa natural, visto serem enquadrados hoje, pela visão vanguardista como seres sencientes, ou seja, dotados de sensibilidade.

O apontamento mais relevante do trabalho, suscitado no terceiro capítulo, diz respeito a natureza jurídica do regime de visitação quando aplicado nas relações entre humanos e animais não humanos, isso porque, ocorre uma alteração da finalidade, uma vez que nesse tipo de relação, a visitação não visa resguardar o interesse dos filhos, mas sim busca harmonizar os interesses de usufruir da companhia dos pets, bem como proporcionar-lhes cuidado.

A jurisprudência reconhece de uma forma geral o direito à visitação, bem como mais recentemente, a homologação de acordo em separação conjugal em que um dos cônjuges se comprometera a pagar pensão vitalícia para os pets, ou seja, é inegável que essa conjuntura familiar vai ganhar espaço nos debates jurídicos, ante os vários desdobramentos que podem daí advir.

Em suma, o afeto foi capaz de criar uma família formada por diferentes espécies, quais sejam humanos e animais, de mitigar o conceito de propriedade, de elevar os animais a status de membro da família, de aplicar institutos oriundos do direito de família como o regime jurídico da visitação e de alterar a própria classificação legal do conceito de animal (projeto que segue em votação na Câmara para classificá-los como seres sencientes), tudo isso para dar concretude à função social da família nos tempos hodiernos.

Nesse diapasão, não se trata de transmutar os institutos já fixados pelo Direito, os quais precisam ser preservados, como o direito à visitação, mas sim, de conferir a verdadeira prestação da tutela jurisdicional aos interesses individuais e agora, aos dos animais, que vistos como seres sencientes requerem uma proteção e amparo social e jurídico redobrados.

O Direito está para a sociedade de tal sorte que precisa acompanhar os novos mosaicos que se configuram, e dentro desse contexto insere-se a família multiespécie. Em linhas gerais, urge a necessidade de elaboração de uma lei com critérios objetivos a fim de se preservar duas situações distintas, porém intrínsecas, o campo jurídico – segurança jurídica- e o campo social-amparo legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. *Projeto de lei nº 1365/15*, de maio de 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=97E7A227354389909AA98DC71F73396C.proposicoesWebExterno2?codteor=1328694&filename=PL+1365/2015> Acesso em: 15 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1713167/SP*. Relatora: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso->



especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288> Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Reclamação nº 0005363-41.2019.8.26.0506* Disponível em: <<https://m'igalhas.com.br/arquivos/2019/8/art20190829-12.pdf>> Acesso em: 18 set. 2019.

CHAVES, Marianna. *Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: Reconhecimento da família multiespécie?* Artigo Científico, 2015. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1052/Disputa+de+guarda+de+animais+de+companhia+em+sede+de+div%C3%B3rcio+e+dissolu%C3%A7%C3%A3o+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel%3A+reconhecimento+da+fam%C3%ADlia+multiesp%C3%A9cie%3F>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. rev. e atual: São Paulo: ABDR. 2016.

IBDFAM. *Enunciado nº11*. Disponível em :<<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>> Acesso em: 02 set. 2019.

KNOPLOCH, Carol. *Brasil tem mais cachorros de estimação do que crianças, diz pesquisa do IBGE*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/brasil-tem-mais-cachorros-de-estimacao-do-que-criancas-diz-pesquisa-do-ibge-16325739>> Acesso em: 08 mai. 2019.

NOVELINO, Marcelo Novelino. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo. Método: 2009.

SEGUIN, Élida; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. *Revista de Direito Ambiental 2016*, RDA- v.82 (abril - junho 2016), Biodiversidade, p. 07 [ebook].

SENADO. *Senado aprova projeto de lei que cria natureza jurídica para os animais*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/07/senado-aprova-projeto-que-inclui-direitos-dos-animais-na-legislacao-nacional>>. Acesso em: 02 set. 2019.

DA (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: DECISÃO PRECÁRIA QUE PROTEGE A SOCIEDADE; JUSTIFICA-SE PELA SENSAÇÃO DE IMPUNIDADE OU INTERPRETAÇÃO LEGIFERANTE DA SUPREMA CORTE?

Ana Carolina de Carvalho Toledo
Graduada pelo Centro Universitário de
Lavras - UNILAVRAS. Advogada.

Resumo – a Constituição Federal é texto vivo, cujas expressões devem estar atentas às necessidades e transformações da sociedade. O princípio da presunção de inocência é exemplo de fundamento constitucional objeto de debate jurisdicional diante das posições oscilantes dos Tribunais Superiores e o conflito de interesses de aplicação da Justiça no tempo. Diante do extenso rol de recursos disponíveis a réus e a duração dos processos, a sensação de punibilidade se perde ou representa insignificância proporcionalmente ao mal provocado. A essência do trabalho é abordar a relevância e imperatividade de princípios núcleos do Estado Democrático de Direito e apontar a (im)possibilidade de mitigação, o que ocorreu a caso concreto de prisão em segunda instância, o que será analisado minuciosamente.

Palavras-chave – Prisão em segunda instância. Atividade atípica do STF. Impunidade. (In)constitucionalidade.

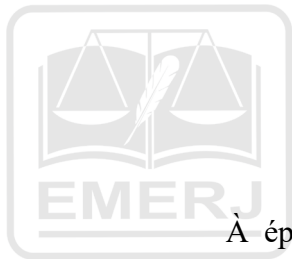
Sumário – Introdução. 1. Conflito entre o excesso de direitos constitucionais e pouca aplicabilidade: o dizer o direito da Carta Magna no auge dos seus trinta anos. 2. A sensação de impunidade de uma sociedade como fundamento de decisão surpresa da Corte Constitucional. 3. Posição do Supremo Tribunal Federal sobre a (im)possibilidade da prisão em segunda instância. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo das causas que possibilitam a prisão em segunda instância. Se antes era possível recorrer em liberdade, atualmente o princípio da presunção de inocência é mitigado. O direito à liberdade, valor constitucional, vem sendo protagonista de calorosas discussões e ultrapassam as classes jurídicas e legislativas, em razão do caso concreto ser de repercussão nacional de indivíduo politicamente reconhecido no País.

O objetivo é compreender o perfil da Justiça, não àquela própria e similar à autotutela, mas a que se aplica como simbolicamente à Deusa que o representa expressa: sem olhar a quem, mas que se replica ao todo.

O que inspira a pesquisa transcende a liberdade do sujeito daquele processo, cuja singularidade interferiu na disputa presidencial do ano de 2018, e busca-se aplicar a todo sujeito de direito em Estado Democrático de Direito.



À época a sociedade assistiu ao julgamento e a partir dele iniciou-se um novo regime, o que se justifica pela relevância e vetores da igualdade.

No capítulo primeiro é abordada a constitucionalidade do poder-dever do Estado de punir em execução provisória; os limites de modulação de um comando constitucional; e como eles se comunicam com a atribuição/competência do Supremo Tribunal Federal para o dizer o direito.

No capítulo segundo abordar-se como a sensação de impunidade de uma sociedade pode ser suficiente para motivar o guardião da Constituição a autorizar medida.

No capítulo terceiro a pesquisa apresenta os pontos que fundamentaram a decisão da Corte Constitucional brasileira, no caso que deu origem à essa atividade legiferante, analisando-o, inclusive, dentro da estrutura do Poder Judiciário quanto aos efeitos no sistema recursal penal.

O esforço de responder às questões propostas se deve ao conflito entre o expresso na Constituição da República Federativa do Brasil vigente e a interpretação da Corte. O primeiro seria um comando de autoridade sem efetividade?

O artigo é desenvolvido pelo método de pesquisa teórica, baseada na análise de princípios e posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema delimitado. Analisa-se a bibliografia e precedentes jurisprudenciais pertinentes à temática, proporcionando à pesquisa uma abordagem qualitativa.

1. CONFLITO ENTRE EXCESSO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS E POUCA APLICABILIDADE: O DIZER O DIREITO DA CARTA MAGNA NO AUGUE DOS SEUS TRINTA ANOS

A Constituição da República foi marco democrático no Brasil, tendo, por sua natureza, abarcado a temas de conteúdo dogmático, eliminando formalmente o resquício autoritário normativo que havia na Carta Magna anterior.

Avanço na legislação no Brasil, ainda que tenha sido instalado o embate entre os dois antídotos: excesso de direitos sociais e a dificuldade de colocá-los em realidade social.

Ainda que o esforço de acerto do constituinte tenha sido considerável, há que se ponderar que nem tudo que está na lei maior é, de fato, efetivo; e nem tudo que é relevante numa sociedade está ali de forma a solucionar conflitos e dar segurança aos seus subordinados.

José Afonso da Silva¹ ensina que a aplicabilidade (qualidade do que é aplicável) e a eficácia (propriedade que habilita a norma jurídica a produzir seus efeitos jurídicos) são sinônimas. Que “não produzir efeitos em determinadas relações em nada altera a eficácia da norma” e, além disso, nem sempre aplicar significa autonomia à eventual complemento.

O autor conclui que decidir sobre a aplicabilidade é decidir sobre uma conexão de fatos e normas. Virgílio Afonso da Silva², constrói a ideia de constituição moldura, na qual não só impõe deveres e vedações, mas espaços abertos para os quais a constituição não tem uma resposta e que devem, por conseguinte, ser preenchidos pelo legislador, subsidiariamente, pelos operadores do direito.

Cabe ao intérprete da Constituição de 1988 dar alcance e aplicação aos direitos que passaram a incorporar no estado de sociedade: cuja atividade inicia-se pela classificação dos direitos fundamentais.

Hannah Arendt³ ensina que os direitos humanos, compreendidos como fundamentais, não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Por isso é de fundamental importância a participação estatal na promoção de medidas que vislumbrem a concreção de direitos, especialmente os sociais.

Essa leitura do texto Maior é fruto da própria de sua própria elaboração, sendo que à época, Ulysses Guimarães⁴ afirmou:

É o clarim da soberania popular e direta, tocando no umbral da Constituição, para ordenar o avanço no campo das necessidades sociais. O povo passou a ter a iniciativa das leis. Mais do que isso, o povo é o superlegislador, habilitado a rejeitar pelo referendo projetos aprovados pelo parlamento. A vida pública brasileira será também fiscalizada pelos Cidadãos. Do presidente da República ao Prefeito, do Senador ao Vereador. A moral é o cerne da pátria.

Os trinta anos da Constituição de 1988 é chegado o momento de brindar que ela tem autorizado à emergência de uma sociedade: mais dinâmica, mais exigente, mais madura e mais ágil. Isso porque os problemas sociais crônicos são como rachaduras de uma janela quebrada: danos, dor, e vácuo por onde passa feixe de luz para iluminar.

¹SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 207.

²Idem. *A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 91.

³ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1979, p. 134.

⁴ALVES JR., Luís Carlos Martins. O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988. *Revista Jus Navegandi*, Teresina, ano 13, n. 1694, 6 jan. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10823/o-preambulo-da-constituicao-brasileira-de-1988>. Acesso em: 18 set. 2019.



Nesse espaço por onde entra luz, não se trata mais de discutir princípios sobre os quais todos estão de acordo, mas de sua satisfação.

Diz Freitas⁵ que o Estado evolui da figura de potencial opositor para se transformar no garantidor, pelo que os direitos deixam de ter a roupagem única de direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado, abandonando-se, com isso, a sua visão liberal-pura.

Destacou-se ser dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos, como bem destaca Comparato⁶.

Moraes⁷ relaciona que no Brasil, a partir do fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional pela Constituição de 1988, principalmente pelos complexos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Por força do vigor dos efeitos de suas decisões, em especial os efeitos *erga omnes* e vinculantes, somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçadas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Inclusive, continua o exame sobre a possibilidade do Supremo Tribunal Federal em não raras vezes transformar a Suprema Corte em verdadeiro legislador, interpretando segundo a percepção própria do ser humano e não na condição de julgador vendado às condições e personalidades *sub judice*.

Assim ocorreu, por exemplo, no caso da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, sobre o qual o Supremo Tribunal Federal⁸ afirmou não comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência.

A Constituição Federal, ao contrário, assim, em casos de réus que responderam a ação penal ou recorreram da sentença condenatória em liberdade, soa desarrazoado determinar a prisão de forma automática, antes de possibilitar a integração do acórdão, quer

⁵FREITAS, André Guilherme Taveres de. *Tutela penal dos direitos humanos: a proteção da vida e da integridade física*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 59.

⁶COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8.

⁷MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 39.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *HC n.º 126292/SP*, Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em 17/2/16. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800891944&dt_publicacao=30/05/2018. Acesso em: 26 ago. 2019.

para sanar eventuais vícios ou para afastá-los, sendo prudente aguardar-se a confirmação da condenação, em última análise, pelo Tribunal de Justiça.

Os limites da Constituição Federal, delimitados acima como moldura, sofreram impactos de abrangência de sua área quanto ao princípio da presunção de inocência, o que até então era valor rígido.

Impera o exame das drásticas escolhas: de um lado princípio constitucional e de outros vetores interpretativos de uma Corte ainda não amadurecida quanto ao sentido do texto Constitucional.

O princípio da vedação do retrocesso é medida que se impõe: verdadeira muralha com a finalidade de impedir atuação de subtração do chamado “núcleo essencial” de um determinado direito fundamental.

Felipe Derbli⁹ observa que:

[...] o Estado vem sendo tratado como uma instância secundária de decisões e a Constituição vem perdendo sua posição de primazia, como repositório dos valores eleitos como fundamentais pela sociedade ou pelas lideranças sociais, em favor de uma ordem econômica que rende suas homenagens primordialmente ao capital.

Tem-se que a atual interpretação, por supressão do princípio da inocência é voz que rompe a moldura constitucional, o que soará em prejuízo à harmonia de outros valores da Constituição Cidadã.

Não significa atualizá-lo ou desenhá-lo sob os traços justiça real, mas sim romper elo essencial à própria dignidade da pessoa humana num sistema cuja liberdade e recorribilidade são atos próprios ao Estado de Direito.

Sinaliza-se o perigo de outros valores sofrerem mitigação ou até, drasticamente, supressão, é medida de risco pela precariedade.

O tempo presente torna-se instável e o futuro incerto.

2. A SENSÇÃO DE IMPUNIDADE DE UMA SOCIEDADE COMO FUNDAMENTO DE DECISÃO SURPRESA DA CORTE CONSTITUCIONAL

Segundo Heráclito de Efeso¹⁰, “nenhum homem pode banhar-se duas vezes no mesmo rio, pois na segunda vez o rio já não é o mesmo, nem tão pouco o homem!”. Assim,

⁹DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 15-16.

também ocorre a relação entre a Constituição da República e o seu intérprete. O mundo drasticamente em trinta anos. É crescente o desafio da leitura da Carta Magna aos olhos de um novo tempo, novas realidades e necessidades. O dizer o Direito exige a capacidade da atualidade e preservação da harmonia e coerência do espírito do constituinte originário.

Tavares¹¹ ensina que “a aplicação é o ‘momento’ em que se atribui, ao problema concreto, uma decisão oficial dotada de normatividade. Nesse sentido, a aplicação, como aqui trabalhada, há de ser apenas aquela realizada pelos órgãos estatais competentes para construir as normas individuais, normas de decisão. E, ademais, a aplicação depende, como mencionado, de um sujeito juridicamente autorizado/reconhecido (em nome do Legislativo, Executivo ou Judiciário) para adotar uma decisão com caráter preceptivo, que coloque o texto normativo e sua interpretação em contato com o problema que demanda uma solução juridicamente adequada.

Nesse contexto, é preciso destacar a lição de Canotilho¹²:

[...] não raro acontece que no plano constitucional se verifique a convergência concretizadora de várias instâncias: (a) nível primário de concretização: os princípios gerais e especiais, bem como as normas de constituição que densificam outros princípios; (b) nível político legislativo: a partir do texto da norma constitucional, os órgãos legiferantes concretizam, através de decisões políticas com densidade normativa – os actos legislativos – os preceitos da constituição; (c) executivo e jurisdicional: com base no texto da norma constitucional e das subsequentes concretizações desta a nível legislativo (também a nível regulamentar, estatutário), desenvolve-se o trabalho concretizador, de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos.

O exame do caso concreto da interpretação da Corte Suprema é sobre a possibilidade da prisão em segunda instância.

O Supremo Tribunal Federal¹³ tem histórico de mudança de posição. Até fevereiro de 2009 tinha firme o entendimento de que era possível a execução provisória da pena. De fevereiro de 2009 até fevereiro de 2016 passou a dizer que não era possível, entendimento que

¹⁰DIELS-KRANZ. apud. SPINELLI, Miguel. *Filósofos Pré-socráticos. Primeiros Mestres da Filosofia e da Ciência Grega*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 167–271.

¹¹TAVARES, André Ramos. A teoria da concretização constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, julho/setembro de 2008, p. 21-22.

¹²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999, p. 318.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *HC n.º 126292/SP*, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016 (Info 814). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79409695&num_registro=201601535830&data=20171219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 26 ago. 2019.

mudou e está até os dias atuais pela possibilidade da medida precária, *in verbis*: “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.”

A mudança de entendimento, por si só, é exemplo que a atividade interpretativa é desafio constante, seja pela atividade jurisdicional se manter coerente e atual. Contudo, o risco se evidencia no esvaziamento do sistema cujo núcleo é um só: o do princípio da inocência num cenário de Estado Democrático de Direito.

Nasce a insegurança jurídica quando a mudança da composição da cúpula do guardião da Constituição Federal passa a representar a expectativa da própria sociedade, por vezes esperançosa e outra temerosa com a voz do Supremo Tribunal Federal, cujo ritmo e tom dependerá da posição pessoal de cada ministro, somadas provocando consequências ao seu tempo.

A velocidade da informação é avanço da modernidade que trouxe mudanças em vários contextos da sociedade, dentre elas no que se refere à resposta do judiciário frente às apontadas violações à ordem social e econômica, principalmente aos crimes e improbidades administrativas.

Investigações, punições e execuções de pena são sequências que o povo reclama agilidade e sequência rápida sob o modelo de efetividade na justiça, contudo o preço que se paga pela eficiente punição está entrelaçado com um sistema de prestação de serviço jurisdicional que ainda não é realidade nos Tribunais de Justiça Brasileiros.

Surgiu, de fato, um hiato: como o exercício da jurisdição pode ser eficiente, inclusive no quesito tempo, sem afastar-se da essência da Constituição Federal Brasileira? Muitas respostas podem desafiar a criatividade de fazê-lo, muitas delas com a dependência de investimento no quadro de serviços e tecnológicos.

Ponto sensível é quando a solução está na abreviação de atos processuais que fazem parte do núcleo essencial da defesa do réu condenado. Neste ponto surge a forte corrente que no ímpeto de combater as estratégias de grandes escritórios de advocacia que são sustentados por clientes/réus ricos que arcam com o custo do acesso amplo das instâncias recursais, lamentavelmente por usarem de artifícios de defesas protelatórias e astuciosas cujo tempo os favorecem na prescrição.

O nobre enfrentamento jurídico precisa afastar os argumentos odiosos às artimanhas de litigantes de má-fé. Honremos o saber jurídico pela dignidade da pessoa humana e não pelos vícios e enganos da ardialidade processual destemida.



O esforço de criar argumento jurídico que convença a quebra do sistema constitucional sob o fundamento de combater recursos protelatórios não é compatível com o que de fato tem valor constitucional. O castigo à desonestidade deve ser através de um Poder Judiciário forte e rígido aos recursos protelatórios e estratégias amadoras que se favorecem com o tempo. Para isso desafiam-se os magistrados no exame da inaptidão dos recursos, de plano, e fixação de multa que não tenha valor irrisório.

Pontua-se pelo valor da segurança jurídica em sua grandeza de sustentar todo o sistema recursal e jurisdicional. Privilegia-se a dignidade da pessoa humana, irrestritamente, cegamente, pelo seu valor como homem digno de receber direitos. Isso é ser Estado Democrático de Direito.

Ainda que toda a informalidade e rapidez dominem o mundo, o indivíduo em sua singularidade e naturalmente, continuará dependendo de estados anímicos essenciais à própria vida, seja em respirar, andar e enxergar. O avanço tecnológico não diminui o valor primordial a qualquer ser humano: a liberdade.

A liberdade não significa irresponsabilidade.

A sociedade que pede agilidade, eficiência e resposta aos crimes precisa ter coerência que ela própria pode sofrer com aquilo que ela pede para ser aplicado ao terceiro. Desafio que o faça colocando a si próprio como sujeito da punição, a inversão de legitimidade talvez possa alterar a pretensão. Consequência própria do sentir o direito, por violação direta ao núcleo essencial que se passa a irradiar tantos outros direitos: o da Liberdade com responsabilidade.

No sentir de Canotilho¹⁴, acima referido e em parte transcrito, tudo deve “reconduzir à norma jurídica geral”. Ora, o exercício do Supremo Tribunal Federal, em que pese a vontade de dizer o direito em atualidade e em amplitude à vontade da voz em massa, não age bem quando esvazia o sistema constitucional.

A decisão da Corte que sustenta o presente trabalho, no que tange à possibilidade de prisão sem o trânsito em julgado, é ato jurídico que apresenta vício no nível primário de concretização, ou seja: sustenta um valor e densifica outro.

A responsabilidade criminal e o desejo de moralidade pública não podem, por si só, e ainda que somados aos melhores argumentos jurídicos, densificar o núcleo principiológico da presunção de inocência, com a supressão de instâncias.

¹⁴CANOTILHO, op. cit., p. 138.

3. POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

A execução provisória da pena é assunto que já esteve em pauta na Corte Suprema por algumas vezes, cuja relevância da decisão causa calorosas discussões, haja vista que o núcleo da tutela jurisdicional pela medida coercitiva confronta direitos constitucionais sensíveis, quais sejam: direito à liberdade e a presunção de inocência.

O marco temporal da presente análise é fevereiro do ano de 2016, considerando ser a decisão em que o Supremo Tribunal Federal proferiu no HC n°. 126292/SP¹⁵, cujo Ministro Relator foi de Teori Zavascki, alterando a posição anteriormente manifestada no Habeas Corpus n°. 84078¹⁶, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado em 05/02/2009. O que antes era negado, atualmente é permitido, ou seja, pela possibilidade da prisão em segunda instância.

Os fundamentos que sustentaram a Corte brasileira a negar a restrição de liberdade quando da segunda instância foram: o princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade), por força do art. 5º, LVII, da CF/88¹⁷ e da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948¹⁸ e da Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos¹⁹.

Portanto, até então, enquanto não houvesse trânsito em julgado para a acusação e para a defesa, o réu não poderia ser obrigado a iniciar o cumprimento de pena, salvo se ocorresse a hipótese da excepcional prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal²⁰. Prevalencia a regra de que o recurso fosse recebido no duplo efeito (devolutivo e suspensivo).

A jurisprudência mudou em sete anos e permanece: possibilidade do início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em segundo grau,

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. HC n°. 84078, Rel. Min. Eros Grau, julgado em: 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750334235>. Acesso 9 set. 2019.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. HC n°. 126292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em: 17/02/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28126292%2FSP%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y7m347j3>. Acesso em: 3 out. 2019.

¹⁷BRASIL. Constituição Brasileira (1988). In ANGHER, Ane Joyce. *Vade Mecum universitário de direito RIDEEL*. 28 ed. São Paulo: RIDEEL, 2019, p. 21.

¹⁸DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris*. 10 dez. 1948. Disponível em: https://www.google.com/search?q=Corte+Interamericana+de+Direitos+HuManos.&rlz=1C1GGRV_enBR781BR781&oq=Corte+Interamericana+de+Direitos+Humanos.&aqs=chrome.69i57j0l5.806j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 26 ago. 2019.

¹⁹ CIDH. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.google.com/search?q=corte+americana%3B+cidh&rlz=1C1CHBD_ptPTBR790BR790&oq=corte+americana%3B+cidh&aqs=chro-me..69i57j33.142899j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 18 set. 2019.

²⁰BRASIL. Código de Processo Penal (1941). In ANGHER, op. cit., p. 431.

sob o fundamento em barreira de proteção antecipatória de que não estaria ofendendo o princípio constitucional referido.

A mudança trouxe um novo ponto processual penal, qual seja, o de que o recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo, conforme interpretação literal do art. 637 do Código de Processo Penal²¹ e art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90²². O efeito processual é de que em que pese o recurso esteja pendente de julgamento, a decisão recorrida continua produzindo efeitos.

O novo cenário não afasta a aplicação do princípio da inocência do réu, todavia, restringe-o até o momento de que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau. A partir de então, exaure o princípio mesmo que sem trânsito em julgado.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal sustentaram que o afastamento se justifica porque os recursos cabíveis no momento do exame, ou seja, de segundo grau, perante a própria Corte e do Superior Tribunal de Justiça, não se discute fatos e provas e sim matéria de direito.

A crítica quanto à mudança reafirma os argumentos anteriormente consagrados e, inconformada, levanta a tese de desidratação da Constituição Federal²³, pela abreviação de princípios importantes ao estado de inocência do réu em julgamento.

Na hipótese de imperiosa necessidade de se garantir a ordem pública, o sistema processual dispõe da prisão cautelar, cuja natureza jurídica é dotada de precariedade. É constitucional por ser excepcional.

O ponto sensível é analisar a garantia constitucional, no que tange à sua aplicabilidade e destinatário, ainda que o caso concreto revele fatos aos quais se atribui extrema gravidade e de remarcada reprovabilidade. O risco encontra-se no julgamento social e jurisdicional anterior ao trânsito em julgado, o que seria uma afronta direta ao Estado Democrático de Direito.

O Ministro Teori, citando a ex-Ministra Ellen Gracie (HC 85.886)²⁴ afirmou que: “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”.

²¹Ibidem.

²²Ibidem.

²³BRASIL, op. cit. nota 17.

²⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Habeas Corpus* nº 85.886, Rel. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016. STF. Plenário. HC 85.886, Rel. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28HC+85%2E886%29%29+E+S%2EPR ES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y8b39gzq>. Acesso em: 25 ago. 2019.

Se não econômico ou fonte de impunidade, o fato é que está ocorrendo uma nova interpretação do princípio da não culpabilidade, cujo esforço da argumentação favorável à prisão em segunda instância não resiste aos sinais de comprometimento do núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade.

Recorrer é um direito. A possibilidade de enfrentamento de instâncias recursais, muitas vezes por pessoas em condições financeiras privilegiadas, não pode ser enfrentada ao discurso de ódio de já antecipar a privação de liberdade porque as anteriores afirmaram a prisão penal.

A presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado. É necessário equilibrar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional penal. Para ambos exige-se a responsabilização consciente: para todos os pólos do processo, a moralidade, a honestidade e a ética.

Neste equilíbrio, deve-se atender não apenas os interesses dos acusados, como também da sociedade diante da realidade do intrincado e complexo sistema de justiça criminal brasileiro.

Além da afronta a princípio constitucional, a decisão em estudo não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 283, do Código de Processo Penal²⁵:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403/2011).

A prisão em segunda instância não se amolda à hipótese da fonte legal, equiparando-se à prisão ilegal, outro forte argumento que sugestiona a necessária observância por toda a sociedade, principalmente a dos operadores do direito.

A referida decisão tomada pelo Plenário da Corte não tem efeito vinculante, haja vista ter sido proferida pelo Plenário em habeas corpus. Porém os Tribunais estão se curvando a ela como se o fosse obrigatoriamente, inclusive, se não o for, logo que chega na Corte Superior/Suprema, é o interessado submetido à prisão, por consequência da atual posição colegiada.

²⁵BRASIL. op. cit. nota 20.

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de graves proporções jurídicas e sociais entre o princípio constitucional da presunção de inocência e o clamor social contemporâneo de acelerar o caráter punitivo de condenações criminais pela aplicação da prisão em segunda instância.

De um lado, garantistas querem preservar a literalidade do texto constitucional de presunção de inocência do réu até sentença transitada em julgado. O discurso defendido é a preservação da vontade do constituinte originário no sentido de possibilitar a ampla defesa, a recorribilidade e a manutenção do direito a liberdade, como núcleo essencial à dignidade da pessoa humana, ainda que ré em processo penal.

Do outro lado, o discurso pela possibilidade de prisão em segunda instância, privilegiando o *decisium* de primeiro grau, em perspectiva de manter-se até a última *ratio*, sob os fundamentos de que a recorribilidade representa protelação do réu na tentativa de alcançar a prescrição punitiva a todo custo e, também, que a sensação de punibilidade se perde no tempo.

Ponto comum de debate foi a possibilidade de prisão cautelar em Estado Democrático de Direito e o porquê de a antecipação de prisão em segunda instância ter se tornado polêmica jurídica de tamanha proporção. Incontroversa a possibilidade da decisão precária de restrição de liberdade, desde que em justa causa e em pertinência ao art. 283 do Código de Processo Penal. Porém a decisão de antecipação dos efeitos condenatórios em segunda instância é de natureza diversa, o que é palco de embates argumentativos.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que não há aproximação axiológica entre as prisões cautelares e antecipatórias em segunda instância. A primeira, não objeto da pesquisa, é própria de exceção cuja pertinência deve ser interpretada restritivamente às poucas hipóteses previstas em lei *stricto sensu*. A segunda é inovação jurisprudencial de instâncias superiores, em exercício de mutação constitucional sobre o qual se fez crítica.

O artigo prestigiou os valores essenciais de vontade do constituinte, de modo que podem adquirir roupagem diversa conforme o avançar das sociedades, sem que sejam despidas dos vetores originais, sob pena de desidratação da Constituição Federal.

O paradigma de estudo foi a análise de decisões da Corte suprema brasileira, das quais foi possível observar a mudança de posição: se era firme em negar a possibilidade de

prisão em segunda instância, atualmente inovou na fundamentação para legitimar as atuais decisões de cabimento.

O ápice da pesquisa foi examinar o poder-dever de atuação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e a dimensão social de levar a insatisfação popular a influenciar e motivar os paradigmas das decisões judiciais brasileiras.

Destacou-se como fato público, notório e real a (longa) duração média de processos na Justiça Criminal brasileira até o trânsito em julgado. Ficou evidente que trágicas realidades como essa não podem ser causa para o enfraquecimento de direitos que até pouco tempo representaram uma conquista à dignidade da pessoa humana, dentre elas a garantia de restrição de liberdade até o trânsito em julgado.

Esta pesquisa sustentou, portanto, que a recorribilidade é direito essencial à ampla defesa e que o princípio de presunção de inocência é essencial à estabilidade da sociedade, sob pena de, ao contrário, a todos estarem submetidos a julgamento com abreviação de instâncias.

Ainda que a matéria de recurso em instâncias superiores não examine provas da hipótese recorrida, privilegia-se o alcance da condição de ser o réu considerado inocência até o trânsito em julgado.

Frise-se o que foi exposto no trabalho: não é questão de irresponsabilidade punitiva e sim de coerência, sensibilidade e compromisso com o próprio Estado Democrático de Direito.

Às realidades e estatísticas de tempo de duração do processo criminal no Brasil, o que é inequívoco, propõe-se a criatividade de gestão na estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Inclusive, com política de incentivo a valores da própria honra subjetiva dos litigantes, dentre eles o da moralidade e honestidade, a fim de enfraquecer os artifícios e malabarismos de teses jurídicas esdrúxulas para evitar a condenação a qualquer custo.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que não há outro caminho para legitimar o instituto de punição estatal senão pelo fortalecimento da Constituição Federal e não pela desidratação.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. *Vade mecum acadêmico de direito Rideel*. 28. ed. São Paulo: Rideel, 2019.



ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

BRASIL. Constituição Brasileira (1988). In ANGHER, Ane Joyce. *Vade Mecum universitário de direito RIDEEL*. 28ª ed. São Paulo: RIDEEL, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Habeas Corpus n°126292/SP*, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em: 17/02/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28126292%2FSP%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y7m347j3>. Acesso em: 3 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Habeas Corpus n°84.078*, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 05/02/2009. STF. Plenário. HC 84078, Rel. Min. Eros Grau, julgado em: 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750334235>. Acesso em: 9 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Habeas Corpus n°85.886*, Rel. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016. STF. Plenário. HC 85.886, Rel. Teori Zavascki, julgado em: 17/02/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28HC+85%2E886%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y8b39gzq>. Acesso 25 ago. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999.

CIDH. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr> Acesso em: 18 set. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saravia, 2007.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris*. 10 dez. 1948. Disponível em: https://www.google.com/search?q=Corte+Interamericana+de+Direitos+Humanos.&rlz=1C1GGRV_enBR781BR781&oq=Corte+Interamericana+de+Direitos+Humanos.&aqs=chrome..69i57j0l5.806j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 26 ago. 2019.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FREITAS, André Guilherme Taveres de. *Tutela penal dos direitos humanos: a proteção da vida e da integridade física*. Curitiba: Juruá, 2015.



MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SPINELLI, Miguel. *Filósofos pré-socráticos: primeiros Mestres da filosofia e da ciência grega*/Miguel Spinelli. – 2 ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

TAVARES, André Ramos. A teoria da concretização constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, julho/setembro de 2008.



O DIREITO À INDENIZAÇÃO DO CANDIDATO À CARGO PÚBLICO NOMEADO TARDIAMENTE: REGRA OU EXCEÇÃO?

Ana Clara de Oliveira Celestino Faria

Graduada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.
Advogada.

Resumo – o acesso aos cargos públicos efetivos se dá por meio da realização dos concursos públicos. Ao longo dos anos houve um crescimento dos chamados "concurseiros" que almejam uma vaga nos quadros da administração pública. Em decorrência disso, as demandas judiciais pugnando pelo reconhecimento de irregularidades nos certames também tem sido crescente. Ademais, os candidatos passaram a pleitear indenização nos casos em que sua nomeação se dá de forma tardia em decorrência de decisão judicial. Dessa forma, o presente trabalho objetiva discutir os parâmetros fixados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com relação a existência ou não do direito à indenização dos candidatos nos casos de nomeação tardia em cargo público.

Palavras-chave – Direito administrativo. Concurso Público. Controle jurisdicional. Nomeação tardia. Responsabilidade civil do Estado. Indenização.

Sumário – Introdução. 1. Do concurso público e do controle jurisdicional dos atos administrativos dos certames. 2. Dos pressupostos para a responsabilidade civil do Estado e o direito à indenização do candidato nomeado tardiamente. 3. Do atual entendimento jurisprudencial quanto a responsabilidade civil do estado em decorrência da nomeação tardia de candidato à cargo público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da nomeação tardia de candidato à cargo público determinada por decisão judicial e o direito à indenização pelo período em que o candidato deveria estar no exercício do cargo.

O acesso à cargo público efetivo depende de aprovação prévia em concurso público, de acordo com o art. 37, II¹ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, trata-se de relevante procedimento administrativo para o preenchimento dos quadros da administração pública.

Diante do elevado número de demandas judiciais que discutem irregularidades nos certames, seja pela inobservância dos termos do edital, dos princípios da administração pública ou das regras constitucionais referentes ao concurso público, observa-se que muitas

¹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

vezes cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra quanto ao direito à nomeação do candidato.

Assim, no primeiro capítulo são abordados os fundamentos para a realização dos concursos públicos e como se dá o controle jurisdicional dos atos administrativos emanados neste procedimento.

Nos casos em que o candidato obtém êxito na demanda judicial, sendo determinada a sua nomeação ao cargo, outro questionamento acaba surgindo, se haveria direito à indenização do candidato que foi nomeado tardiamente, em decorrência de decisão judicial.

Dessa forma, o segundo capítulo trata da responsabilidade civil do Estado à luz do art. 37, §6º da Constituição da República e discute a existência ou não de dano indenizável nos casos em que há nomeação tardia do candidato em decorrência de decisão judicial. Para tanto, há referência quanto aos pressupostos para a responsabilidade civil do Estado, de acordo com o entendimento doutrinário e estudo de alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Por fim, o terceiro capítulo aborda importante julgado do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 724.347, que fixou tese em repercussão geral com relação a nomeação tardia de candidato à cargo público e o seu direito à indenização.

Neste sentido, demonstra-se os parâmetros utilizados pela Corte para determinar em que hipótese haveria ou não o direito à indenização pela nomeação tardia do candidato, assim como a mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Dessa forma, o presente trabalho objetiva apresentar como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado quanto às demandas em que o candidato, nomeado tardiamente, pleiteia indenização pelo período em que deveria ter sido investido no cargo e quais seriam os parâmetros para a configuração da responsabilidade civil do Estado nestes casos.

O método de pesquisa utilizado é o hipotético-dedutivo, tendo em vista que foram elegidos um conjunto de proposições hipotéticas com a finalidade de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente ao longo do trabalho. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica se dará de forma qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. DO CONCURSO PÚBLICO E DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DOS CERTAMES

A exigência de concurso público para o provimento de cargo ou emprego público encontra previsão na Constituição da República de 1988, em seu art. 37, II. O referido dispositivo determina que o acesso a cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, na forma prevista em lei, salvo os casos de nomeação para cargo em comissão de livre nomeação e exoneração.

José dos Santos Carvalho Filho conceitua concurso público como sendo o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas².

Além de expressa previsão constitucional, a exigência de concurso público também encontra fundamento em três princípios, sendo eles o princípio da igualdade, da moralidade administrativa e da competição.

Primeiro, com a realização do concurso público respeita-se o princípio da igualdade, pois qualquer interessado poderá participar do certame em igualdade de condições. No que tange à moralidade administrativa, a realização do concurso público permite que não haja qualquer tipo de favorecimento ou que alguém seja prejudicado por conta de relações pessoais, além de evitar a prática de nepotismo. Por último, quanto ao princípio da competição entende-se que os candidatos a vaga disputam entre si pela melhor classificação³.

Assim, em regra, a prévia aprovação em concurso público é condição para o ingresso no funcionalismo público.

Ainda sobre as regras presentes no art. 37 da Constituição Federal e relacionadas ao assunto concurso público, o inciso III determina o prazo de validade do certame e o inciso IV garante a prioridade à nomeação dos candidatos aprovados no período de vigência do concurso.

Assim, quando não respeitados os dispositivos constitucionais ou quando qualquer ato praticado pela administração pública violar regra prevista no edital do concurso público o candidato prejudicado pode se valer da via judicial para garantia de seus direitos.

O direito do candidato de discutir os atos do certame na via judicial decorre do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição da

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito administrativo*. 25 ed. rev., ampl. e atual até a Lei nº 12.587/2012. São Paulo: Atlas, 2012, p. 622.

³ *Ibid.*, p. 623.

República. Além disso, também é uma forma de evitar práticas abusivas por parte da administração pública.

Assim, o controle jurisdicional dos atos administrativos emanados em sede de concurso público, principalmente no que se referem às nomeações em cargos públicos de candidatos aprovados é uma realidade. Todavia, não é todo e qualquer ato administrativo que é passível de controle jurisdicional.

Segundo leciona Rafael Oliveira⁴, o controle dos atos administrativos é dividido em duas espécies: controle de legalidade, sendo a verificação da adequação formal do ato administrativo com a legislação; e o controle do mérito, que é a verificação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto do ato administrativo.

Em sede de concurso público são praticados diversos atos pela administração. Conforme o conceito, exposto no início deste trabalho, trata-se de um procedimento administrativo, ou seja, o concurso público é como um conjunto de atos administrativos que acontecem de acordo com a ordem cronológica estabelecida o edital.

Deve-se ressaltar que o controle jurisdicional dos atos emanados em concurso público, assim como dos demais atos praticados pela administração pública, deve ser exercido, a fim de que se fiscalize se a sua atuação observou os princípios e regras impostas pelo ordenamento jurídico⁵. Ou seja, o controle jurisdicional dos atos administrativos restringe-se aos aspectos da legalidade, sendo vedado ao Poder Judiciário substituir-se ao administrador no que tange ao juízo de discricionariedade do ato.

Assim, quanto ao chamado mérito administrativo, não cabe o controle do poder judiciário, visto que compete ao administrador, em seu juízo de conveniência e oportunidade, escolher, dentre as decisões cabíveis de acordo com o ordenamento jurídico, aquela que for mais benéfica ao interesse público.

Neste sentido, especificamente quanto aos atos emanados em sede de concurso público, cumpre destacar os ensinamentos de Fábio Lins de Lessa Carvalho⁶:

A sindicabilidade pelo Poder Judiciário dos processos seletivos de acesso à função pública assume um papel primordial na medida que contribui para a garantia da probidade nas decisões adotadas pela administração, proporcionando acesso igualitário e meritório aos cargos públicos.

⁴ CARVALHO, Rafael Rezende Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017, p. 307.

⁵ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 191.

⁶ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Concursos públicos no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 407.

Assim, quando observada alguma irregularidade no concurso público, caberá o controle jurisdicional sob o prisma da legalidade dos atos administrativos, não cabendo ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, exercer controle no que tange aos atos discricionários da administração, ou seja, os atos em que há uma abertura para que o administrador escolha a melhor opção para fins de interesse público.

No que tange especificamente aos atos de nomeação de candidato em concurso público, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavaski⁷, ao analisar o tema sobre controle jurisdicional do concurso público, estabeleceu algumas hipóteses em que o candidato pode discutir eventual direito à nomeação na via judicial:

Este é, hoje, o tónus normativo da *noção constitucional de prioridade* que milita em favor da contratação dos aprovados em concursos públicos. Pode-se dizer que ela impõe uma série de deveres sucessivos à Administração, dentre os quais os de (a) convocar os aprovados dentro do número de vagas previsto em edital; (b) motivar apropriadamente eventual não convocação; (c) não preterir a ordem de classificação estabelecida após a correção das provas, salvo se por imposição de determinação judicial; e (d) não empregar expedientes de contratação precários durante o prazo de validade de concursos para a mesma função. Ocorrendo o descumprimento de quaisquer desses deveres implícitos, terão os aprovados uma pretensão legítima a ser exercida contra a Administração por meio de ação judicial. E se, durante o processamento da demanda, não restarem provados fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito de prioridade, seguir-se-á a nomeação como desfecho natural.

Dessa forma, pelos ensinamentos do ilustre Ministro Teori Zavaski, os atos de convocação de candidato à cargo público são passíveis de controle jurisdicional sob o prisma da legalidade, tendo em vista as regras previstas no ordenamento jurídico brasileiro e os princípios que regem os atos da administração pública.

Tal entendimento decorre da existência de deveres por parte da administração quando da realização do concurso público e da nomeação dos candidatos aprovados.

Um dos deveres apontados pelo ilustre Ministro é de que a administração deve convocar os aprovados dentro do número de vagas previstos no edital e em caso de impossibilidade essa decisão deverá ser sempre motivada. Esse dever decorre do princípio da vinculação ao edital cuja observância compete tanto à administração pública quanto aos particulares participantes do certame.

Ademais, a Constituição prevê expressamente no art. 37, IV⁸ a prioridade dos candidatos aprovados em concurso público sobre os novos concursados para assumir cargo ou emprego na carreira. O STF, interpretando esse dispositivo, editou a Súmula nº 15 que dispõe

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 724.347*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8429975>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

que "dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação"⁹. Assim, quando o administrador não cumpre as regras previstas tanto no edital do concurso público quanto nas normas constitucionais, será plenamente cabível o ajuizamento pelo candidato de ação judicial objetivando resguardar seu direito à nomeação.

2. DOS PRESSUPOSTOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O DIREITO À INDENIZAÇÃO DO CANDIDATO NOMEADO TARDIAMENTE

Quando exercido o controle jurisdicional sobre ato da administração tido como ilegal observa-se que o desfecho, nos casos em que o candidato discute o seu direito à nomeação ao cargo público, será a imposição da nomeação do candidato pelo Poder Judiciário. Nestes casos, o questionamento que pode surgir seria quanto ao direito à indenização do candidato aprovado mas nomeado tardiamente.

Segundo entendimento de Rafael Oliveira¹⁰, a responsabilidade civil do Estado significa o dever de reparação dos danos causados pela conduta estatal, comissiva ou omissiva.

Em um primeiro momento houve a fase de irresponsabilidade civil do Estado. Esta fase remonta aos Estados Absolutistas nos quais havia uma confusão entre a figura do Monarca com o próprio Estado, traduzida no postulado *the king can do no wrong*¹¹.

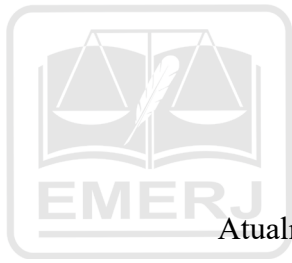
Entendia-se, precipuamente, que o Estado não era passível de cometer erros, razão pela qual não haveria que se falar em qualquer responsabilização e sim em uma intangibilidade do Estado. Ressalta-se que a irresponsabilidade civil do Estado nunca vigorou no Brasil.

Esse panorama começou a mudar a partir das Revoluções Liberais que trouxeram os ideais de Estado de Direito. A partir daí surge a ideia de limitação do Estado pela ordem jurídica, respeitando-se a lei (princípio da legalidade), a separação de poderes e o reconhecimento dos direitos fundamentais dos administrados.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 15* Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1456>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 749.

¹¹ Ibid., p. 750



Atualmente, vigora no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil objetiva do Estado. O art. 37, §6º da Constituição da República¹² prevê em seu texto a possibilidade de responsabilização do Estado pelos danos causados por seus agentes a terceiros, sendo assegurado o direito de regresso em face dos agentes que respondem de forma subjetiva.

Ademais, o art. 43 do Código Civil de 2002¹³ também positiva a mesma ideia de responsabilidade civil objetiva do Estado e subjetiva de seus agentes.

A responsabilidade civil do Estado tem como pressupostos três elementos: um fato administrativo, também denominado de conduta que pode ser comissiva ou omissiva; a existência de dano e o nexo causal.

É necessária a identificação de uma conduta administrativa, seja ela comissiva ou omissiva, tendo em vista que o Estado somente pode ser responsabilizado quando atua de fato perante um particular ou quando devia ter atuado e não atuou.

O segundo pressuposto refere-se a existência de um dano. Trata-se de elemento fundamental para a configuração da responsabilidade civil, se não há dano não há que se falar em direito a reparação, ou seja, o particular deve ter sofrido de fato alguma lesão em sua esfera jurídica em decorrência da atuação ou omissão administrativa.

Por fim, o pressuposto de nexo de causalidade também deve ser observado. Esse pressuposto tem como base a existência de relação de causa e efeito, ou seja, a atuação ou omissão do Estado deve ter como consequência o dano ao particular. Somente assim, será possível a responsabilização civil objetiva do Estado.

Observa-se que para a fixação quanto a existência ou não de direito a indenização por um ato ou omissão da administração pública se faz sempre necessária a análise minuciosa do caso concreto.

Quanto aos casos de nomeação tardia de candidato aprovado em concurso público, em um primeiro momento, havia precedentes¹⁴ do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que seria cabível o pagamento de indenização em decorrência dos danos materiais sofridos pelo candidato em decorrência da nomeação tardia ao cargo público.

¹² BRASIL, op. cit., nota 7.

¹³ BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 506.808*. Relator: Ministro Teori Zavaski. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=635959&num_registro=200300045027&data=20060803&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 825.037*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=732695&num_registro=200600463979&data=20071129&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Especificamente no REsp. nº 506.808/MG¹⁵, entendeu a Corte que estariam cumpridos os pressupostos para a responsabilização civil do Estado nos casos de nomeação tardia de candidato, por conta de ato da Administração reconhecido como ilegítimo por sentença judicial transitada em julgado. Ou seja, bastava a comprovação da existência de ato administrativo ilegal para que restasse configurada a responsabilidade do Estado e o direito à indenização do candidato. Ademais, no caso concreto houve fixação de indenização do candidato com base nos vencimentos e demais vantagens inerentes ao cargo que este teria percebido, caso a administração tivesse atuado de forma legítima.

Assim, observa-se que a Corte caminhava no sentido de que haveria de fato um dano material indenizável ao candidato, tendo em vista que durante todo o período do processo judicial o candidato não teria recebido vencimentos que lhes eram devidos e que só não foram recebidos por ato administrativo ilegal.

O posicionamento da Corte decorria da aplicação do art. 37, §6º da Constituição da República não se exigindo qualquer outro juízo de valor no caso concreto, mas sim a existência de um ato ilegal o que já configuraria a existência de um dano indenizável por parte do candidato nomeado tardiamente.

Todavia, com o advento do julgamento do Recurso Extraordinário nº 724.347¹⁶, de relatoria do Ministro do Ministro Marco Aurélio, e com repercussão geral reconhecida, houve alteração desse entendimento. Ou seja, o STJ, seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal, passou a entender que não haveria direito à indenização ao candidato nomeado tardiamente a cargo público, em decorrência de decisão judicial.

Assim, novos parâmetros foram criados para fins de análise quanto a responsabilidade civil do Estado nos casos de nomeação tardia de candidato a cargo público e que, devido a importância, serão analisados no próximo capítulo.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 12.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 6.



3. DO ATUAL ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL QUANTO A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DA NOMEAÇÃO TARDIA DE CANDIDATO À CARGO PÚBLICO

No ano de 2015, o STF procedeu ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 724.347¹⁷, com repercussão geral reconhecida, no qual se discutiu se candidatos empossados em cargos públicos, por força de decisão judicial definitiva, teriam ou não direito à indenização por danos materiais em decorrência da demora na nomeação.

O ministro Marco Aurélio, relator do RE acima citado, apresentou voto no sentido de reconhecer no caso concreto a existência de dano indenizável ao candidato pela demora em sua nomeação no cargo público. Para tanto entendeu pela existência de ato administrativo ilícito, razão pela qual caberia a aplicação do art. 37, §6º da Constituição da República, ou seja, aplicou o entendimento de que haveria responsabilidade civil objetiva do Estado nos casos de nomeação tardia de candidato, em decorrência de decisão judicial reconhecendo ato ilícito da administração.

Observa-se que em seu voto o Ministro não fez qualquer juízo de valor quanto à atuação da administração em sua defesa judicial, mas sim buscou aplicar os pressupostos que configuram a responsabilidade civil objetiva do Estado, quais sejam, a existência de ato administrativo, o dano e o nexo de causalidade.

Para o Ministro, o dano teria decorrido do fato de que o candidato já deveria estar exercendo o cargo em momento anterior e foi impedido de receber a remuneração que lhe seria devida durante o período de efetivo exercício do cargo por ato administrativo ilícito. Isto por si só já seria o suficiente para ensejar o direito à indenização, já que a responsabilidade do Estado é objetiva e não depende da análise de dolo ou culpa.

Contudo, o ministro Luís Roberto Barroso¹⁸, abriu divergência ao relator, criando uma linha de diferenciação entre os casos em que seria admitida a indenização em decorrência da demora na nomeação do candidato e casos em que, a indenização configuraria enriquecimento sem causa por parte do candidato aprovado e nomeado tardiamente.

A abertura de tal divergência gerou tese interessante e que até hoje baseia o entendimento da Corte para os casos análogos, assim como para os tribunais de primeira e segunda instância.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

Neste sentido, destaca-se que o primeiro ponto a ser analisado quando do julgamento de um caso concreto é o fato de que a mera aprovação em concurso público não gera direito a nomeação, posse e efetivo exercício do cargo. Neste sentido, a jurisprudência pacífica do STF é no sentido de que só há direito subjetivo à nomeação do candidato a cargo público caso ele tenha sido aprovado dentro do número de vagas previstas no edital¹⁹.

Outro ponto de bastante relevância a ser analisado em cada caso concreto é quanto a tese defensiva apresentada pela administração pública nos autos judiciais. Segundo entendimento do Ministro Barroso, deve-se observar se a tese defensiva apresentada é minimamente razoável e se Estado não atuou de má-fé, com o intuito de gerar uma demora ainda maior no julgamento do processo, e, conseqüentemente, na nomeação do candidato. Assim, entende-se que se a demora na nomeação ocorreu em decorrência de discussão sobre o concurso na via judicial minimamente plausível, não haveria que se falar em existência de dano indenizável.

Mas então, quando haveria dano indenizável por parte do Estado? Nas palavras do Ministro Barroso²⁰ nos casos de [...] patente arbitrariedade, descumprimento de ordens judiciais, litigância meramente procrastinatória, má-fé e outras manifestações de desprezo ou mau uso das instituições, ocorrem fatos extraordinários que exigem a reparação adequada.

Assim, observa-se que o direito à indenização pela demora na nomeação do candidato aprovado em concurso público seria uma exceção a regra, pois somente quando observada alguma das irregularidades pontuadas poder-se-ia falar em dano indenizável.

Neste sentido, a responsabilidade civil do Estado nasce quando no caso concreto observar-se que o candidato foi vítima de arbitrariedades por parte da administração, o que teria gerado demora ainda maior em sua nomeação no cargo público, em decorrência de discussão sobre atos administrativos na via judicial. Ou seja, apenas quando a administração apresenta tese totalmente implausível, utilizando de má-fé seria cabível a indenização ao candidato.

Assim, a tese final que prevaleceu no julgamento do RE nº 724.347 para fins de repercussão geral foi de que "na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante"²¹.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 598.099*, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628215>>. Acesso em: 06 out. 2019.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 6.

²¹ Ibid.

Observa-se que a tese fixada carrega um grau de subjetividade, tendo em vista que não define de forma taxativa quais seriam essas hipóteses de "arbitrariedade flagrante", mas sim apresenta hipóteses exemplificativa sobre quando essa arbitrariedade flagrante poderia ocorrer, quais sejam, atuação de má-fé por parte da administração, mau uso das instituições, litigância procrastinatória, entre outros.

Neste sentido, cumpre destacar que esse entendimento, inclusive, pode gerar insegurança jurídica e decisões não isonômicas aos administrados, tendo em vista que deixa a critério do julgador a análise sobre o que seria uma situação de "arbitrariedade flagrante" para fins de direito a indenização quando da nomeação tardia do candidato ao cargo público.

Por outro lado, o Ministro Luiz Roberto Barroso²² destacou ao longo do julgamento uma preocupação com o efeito cascata das decisões judiciais. Nas palavras do Ministro:

[...] Eu apenas acho que certas decisões, certas linhas jurisprudenciais que nós criamos aqui produzem feitos em cascata sobre a responsabilização civil do Estado. E, portanto, eu fiz a opção por uma postura mais comedida na atribuição de responsabilidade civil ao Estado, que eu não teria hesitação em reconhecer se considerasse ter havido arbitrariedade patente. Por esta razão é que eu fiz uma certa distinção, que me parece que não é tão sutil, entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva do Estado, porque, quando o Estado se comporta de maneira inequivocamente arbitrária, eu acho que a postura de aferição da sua responsabilidade deve ser diferente daquela responsabilidade que automaticamente se atribui a ele pelo dispositivo da responsabilidade objetiva constitucional.

Assim, pelo entendimento do ilustre Ministro Barroso, se restasse reconhecido o direito a indenização em toda e qualquer hipótese de demora na nomeação do candidato a cargo público isso geraria um efeito fiscal grandioso, tendo em vista o alto número de demandas judiciais em que se discute atos administrativos no bojo dos concursos públicos.

A tese do Ministro Luiz Roberto Barroso foi a vencedora no julgamento do RE nº 724.347, dessa forma, o principal parâmetro a ser observado quando da análise da existência de dano indenizável pelo Estado no caso de nomeação tardia de candidato seria a existência de "flagrante arbitrariedade" por parte da administração pública em sua defesa judicial.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, mudou seu entendimento sobre a matéria, adotando a orientação do STF no RE nº 724.347, tendo em vista a repercussão geral e os efeitos vinculante e *erga omnes* da decisão. Neste sentido, a Corte passou a entender que não é devida indenização ao candidato nomeado tardiamente para cargo público em decorrência de decisão judicial.

²² Ibid.

Inclusive, no Recurso Especial nº 1.238.344, julgado em 2017²³, entendeu-se que mesmo nos casos em que o erro pela demora na nomeação fosse reconhecido pela própria administração, a indenização ao candidato pela remuneração que deixou de ganhar durante o período de retardo na nomeação não seria cabível.

Neste sentido, restou consignado que para que fique configurado um dano indenizável pela administração pública se faz necessário que os atos administrativos tenham se dado com flagrante arbitrariedade, o que não teria ocorrido no caso concreto. Ademais, entendeu a Corte que mesmo na hipótese de erro reconhecido pela própria administração pública, isto não afastaria a aplicação da orientação jurisprudencial do STF, pois a percepção de remuneração e demais vantagens ao servidor público pressupõe o efetivo exercício do cargo, sob pena de enriquecimento sem causa daquele que pleiteia a indenização.

CONCLUSÃO

A exigência de concurso público para o provimento de cargo ou emprego público encontra previsão constitucional, conforme dispõe o art. 37, II, e funciona como uma forma de garantia da observância dos princípios da igualdade, da moralidade administrativa e da competição.

Em se tratando de procedimento administrativo o concurso público é composto por um conjunto de atos proferidos pela administração pública e que irão culminar, ao final, na nomeação do candidato aprovado no certame.

Entretanto, irregularidades podem ocorrer ao longo do certame fazendo com que os candidatos ingressem no Poder Judiciário objetivando o reconhecimento de seu direito à nomeação ao cargo almejado. Diante disso, é importante observar que o controle jurisdicional dos atos administrativos em sede de concurso público deve se dar sobre o prisma da legalidade do ato, ou seja, cabe ao judiciário a análise quanto a conformação do ato administrativo praticado com as normas do ordenamento jurídico, assim como as normas previstas no edital do concurso, que pelo princípio da vinculação ao edital, funciona como lei tanto para administração quanto para candidatos do certame.

Além de pleitear o direito à nomeação em cargo público os candidatos muitas vezes pleiteiam o direito à indenização, quando a nomeação se dá de forma tardia e mediante decisão judicial reconhecendo a ilegalidade de ato administrativo no bojo do certame.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.238.344*. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1662309&num_registro=201100324940&data=20171219&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2019.



Conforme observa-se da análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, em um primeiro momento entendia-se pela configuração da responsabilidade civil objetiva no Estado e seu dever de indenizar o candidato nomeado tardiamente ao cargo público, em decorrência de decisão judicial.

Todavia, com o advento do julgamento do Recurso Extraordinário nº 724.347 o Supremo Tribunal Federal fixou tese no sentido de que somente caberia a indenização ao candidato nomeado tardiamente ao cargo público nos casos de flagrante arbitrariedade. Esse julgado é de suma importância, tendo em vista que foi proferido com repercussão geral, que possui efeito vinculante e *erga omnes*.

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o entendimento do STF, passou a entender que a regra é de que não há direito à indenização por dano material do candidato nomeado tardiamente ao cargo público, em decorrência de decisão judicial. Somente em casos excepcionais, em que reste configurada a flagrante arbitrariedade da administração é que poder-se-ia fixar indenização em prol do candidato, sendo este o entendimento que vigora atualmente nos Tribunais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.238.344*. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1662309&num_registro=201100324940&data=20171219&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 506.808*. Relator: Ministro Teori Zavaski. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=635959&num_registro=200300045027&data=20060803&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 825.037*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=732695&num_registro=200600463979&data=20071129&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 724.347*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8429975>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 598.099*, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628215>>. Acesso em: 06 out. 2019.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Concursos públicos no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 25 ed. rev., ampl. e atual até a Lei nº 12.587/2012. São Paulo: Atlas, 2012.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 5 ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

SIMVOULIDIS, Nickolas Nogueira. *O Controle Jurisdicional das Provas em Concurso Público*. Disponível em: <<http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-nickolas-nogueira-simvoulidis-12-06-2017-final/view>>. Acesso em: 08 out. 2019.



ANÁLISE DA OBRIGATORIEDADE DA COLETA DE MATERIAL GENÉTICO PARA CADASTRO EM BANCO DE DADOS DE CONDENADOS POR CRIMES DOLOSOS COM GRAVE VIOLÊNCIA OU HEDIONDOS

Ana Paula Wysling Flor

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

Resumo – A obrigatoriedade da coleta de DNA de condenados por crimes dolosos com grave violência ou hediondos e o armazenamento em banco foi imposta pelo art. 9º-A da Lei nº 7.210/84, sendo considerada uma consequência da condenação penal. Essa compulsoriedade fez nascer o debate quanto à sua compatibilidade frente a princípios constitucionais de natureza processual. Por outro lado, argumentos favoráveis a sua validade também vieram a tona. Dessa forma, o presente trabalho possui como objetivo a análise desse conflito e determinar se a disposição legal está ou não em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Banco de dados com material genético. Execução penal por crimes violentos ou hediondos. Identificação criminal.

Sumário – Introdução. 1. Identificação criminal e identificação de perfil genético do art. 9º-A da Lei nº 7.210/84. 2. O princípio constitucional da não autoincriminação x preservação da segurança jurídica. 3. Princípio constitucional da presunção de inocência x o mecanismo de reforço da convicção do processo penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a obrigatoriedade da coleta de material genético para cadastro em banco de dados de condenados por crimes dolosos com grave violência ou hediondos imposta pelo art. 9º-A da Lei nº 7.210/84.

Procura-se demonstrar a controvérsia que se instaura com a obrigatoriedade da coleta de DNA e o armazenamento em banco de dados, no que concerne o princípio constitucional da não autoincriminação e presunção de não culpabilidade, assim como ressaltar a busca pela segurança pública e o reforço da convicção do processo penal.

Para tanto, aborda-se posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o art. 9º-A da Lei de Execução Penal encontra-se em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o instituto da investigação criminal e a espécie da identificação do perfil genético, que no âmbito da execução penal por crimes dolosos com grave violência ou hediondos encontra-se regulada pela Lei nº 7.210/84.

O segundo capítulo é destinado à extração obrigatória de DNA e o destino ao banco de dados no que tange ao conflito entre o princípio constitucional da não autoincriminação e a preservação da segurança pública.

No terceiro capítulo, analisa-se a compulsoriedade de coleta de material genético e o seu armazenamento quanto ao choque entre o princípio da presunção de não culpabilidade e o reforço da convicção do processo penal.

Discute-se também o destino do material genético para o cadastro de banco de dados e a possível violação no que diz respeito à ausência de prazo de duração do banco de dados e o direito do condenado de retornar ao *status quo* anterior.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende chegar a uma conclusão sobre o conflito em questão, utilizando-se de dados a partir de pesquisa bibliográfica de material publicado, composto de livros e material disponibilizado na internet.

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 (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E A ESPÉCIE IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO NA FASE DE EXECUÇÃO PENAL DO ART. 9º-A DA Nº LEI 7.210/84

A identificação criminal é um instituto do direito processual penal que coleta informações e dados de um indivíduo que cometeu uma infração penal, a fim de elaborar uma identidade criminal capaz de distingui-lo dos demais.

Para Pacielli de Oliveira¹, o:

[...] tema da identificação criminal se encontra na Constituição Federal, mais precisamente em seu art. 5º, LVIII, como *garantia individual*. Ou seja, sua interpretação vem orientada pela *proibição do excesso*, somente admitindo-se a medida quando absolutamente necessária [...].

Segundo Renato Brasileiro de Lima², por meio da identificação criminal “[...] é feito o registro de dados identificadores da pessoa que praticou a infração penal sob a investigação, possibilitando o conhecimento ou confirmação de sua identidade [...]”.

¹OLIVEIRA, Eugênio Pacielli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 399.

²LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 144.



A identificação criminal cria um banco de dados composto de características físicas, por exemplo, altura e cor de cabelo; e biológicas, tais como material genético e impressões digitais.

Isto é, são informações que contêm qualidades únicas capazes de individualizar o ser humano e, conseqüentemente, o diferenciar dos demais, permitindo que o Estado puna efetivamente o verdadeiro autor do crime.

Até a Constituição Federal de 1988³, a identificação criminal era tida como regra, isto é, utilizada mesmo se o indivíduo já tivesse se identificado civilmente, conforme dispõe a Súmula 568 do STF⁴: “A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente.”

Contudo, com o advento do art. 5º, LVIII da Constituição Federal⁵, o uso da identificação criminal tornou-se exceção, já que a pessoa submetida à identificação civil não precisa mais se sujeitar à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

O procedimento da identificação criminal se divide em três espécies reguladas por leis próprias, conforme determinação do art. 5º, LVIII da Constituição Federal, são elas: identificação datiloscópica; identificação fotográfica, ambas regulamentadas pela Lei nº 12.037/09⁶; e identificação do perfil genético, introduzida pela Lei nº 12.654/12⁷.

Com isso, segundo Renato Brasileiro de Lima⁸, “a identificação criminal abrange, portanto, uma sessão fotográfica, a coleta de impressões digitais do indivíduo e, em algumas hipóteses [...] a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”.

A identificação datiloscópica se dá por meio das impressões digitais, sendo uma das mais eficientes e confiáveis, tendo em vista que o desenho da polpa do dedo de cada ser humano é diferente, possuindo assim uma única digital, logo não há como mais de uma pessoa possuir a mesma impressão digital.

Já a identificação fotográfica consiste na captura de imagens fotográficas do indivíduo de acordo com um padrão fotográfico. Todavia, é considerada um meio coadjuvante em razão

³BRASIL. *Constituição da República do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 568*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600> Acesso em: 22 abr. 2019.

⁵BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶BRASIL. *Lei nº 12.037/09*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁷BRASIL. *Lei nº 12.654/12*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁸LIMA, op. cit., p. 144.

da modificação da fisionomia das pessoas, não sendo tão exata quanto a identificação datiloscópica.

A Lei nº 12.654/12 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, ou seja, a identificação de perfil genético por meio do DNA – ácido desoxirribonucléico.

O uso do material genético como mecanismo de identificação é um dos avanços mais expressivos da genética molecular humana, tendo em vista que o DNA é considerado de fácil acesso, isto é, pode ser encontrado em tecidos biológicos humanos e fluidos, sendo, portanto, a técnica mais eficiente de medicina forense.

A identificação de perfil genético pode se manifestar em dois momentos distintos, ou seja, na fase de investigação, de acordo com o art. 5º da Lei nº 12.037/09 ou, na fase de execução penal, conforme art. 9º-A da Lei nº 7.210/84⁹, sendo este o enfoque do presente trabalho.

O art. 5º, parágrafo único da Lei nº 12.037/09 inseriu a possibilidade de coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético na fase de investigações criminais, devendo este material genético ser armazenado em banco de dados sigiloso, segundo arts. 5º-A, 5º-A, §2º e 7º-A da Lei nº 12.037/09.

Além disso, as informações contidas nestes bancos de dados de perfis genéticos não podem revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, de acordo com o art. 5º-A, §1º da referida lei.

Por último, conforme redação expressa do art. 7º-A da Lei nº 12.037/09, os perfis genéticos armazenados nos bancos de dados devem ser extintos quando do término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

O art. 9º-A da Lei nº 7.210/84 incluiu a obrigatoriedade de extração de DNA, por técnica adequada e indolor, de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos.

Isto é, determinou-se a identificação obrigatória de perfil genético de condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/90¹⁰, na fase de execução penal, sendo esta imposição uma consequência da condenação penal.

⁹BRASIL. *Lei nº 7.210/84*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

¹⁰BRASIL. *Lei nº 8.072/90*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

O referido artigo não inseriu somente a coleta compulsória de material genético, tendo em vista que também impôs o armazenamento de DNA em banco de dados sigiloso, conforme o art. 9º-A, §1º da Lei nº 7.210/84.

Ademais, de acordo com a redação do art. 9º-A, §2º da Lei nº 7.210/84 pode-se concluir que a legislação é silente quanto ao prazo de duração do banco de dados, o que diverge da identificação de perfil genético na fase de investigação criminal.

Posteriormente, o Decreto nº 7.950/13¹¹ regulamentou a coleta de DNA, na medida em que criou o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, que possui a função de compartilhar e comparar os dados dos bancos de perfis genéticos da União, Estados e Distrito Federal, segundo art. 1º, §2º do Decreto nº 7.950/13.

Com isso, extrai-se que o objetivo da identificação de perfil genético não é somente instruir investigações criminais futuras, mas também permitir a identificação de pessoas desaparecidas, conforme redação expressa do art. 8º do referido Decreto.

2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO X PRESERVAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA

A obrigatoriedade da coleta de material genético de condenados por crimes dolosos com grave violência ou hediondos e a imposição do armazenamento do DNA em banco de dados sigiloso introduzida pelo art. 9-A da Lei nº 7.210/84¹² impulsiona o debate acerca da possibilidade de violação ao princípio da não autoincriminação.

O princípio da não autoincriminação encontra-se positivado tanto no art. 5º, LXIII da Constituição Federal¹³, quanto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Trata-se, portanto, de direito fundamental do cidadão, seja ele suspeito, acusado ou até condenado, preso ou solto, abarcando qualquer pessoa que possa se autoincriminar, conforme entendimento da doutrina¹⁴.

O objetivo extraído pelo texto da Carta Magna é a proteção do “[...] o individuo contra determinações estatais no sentido de impor a produção de provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) seja na fase investigatória, seja no curso da instrução processual[...]”¹⁵.

¹¹BRASIL. *Decreto nº 7.950/13*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

¹²BRASIL, op. cit., nota 9.

¹³BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁴LIMA, op. cit., p. 70.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima¹⁶, o direito de não produzir prova contra si mesmo:

[...] trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação. Consiste, grosso modo, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação [...].

O princípio *nemo tenetur se detegere*, isto é, o postulado de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo é desmembrado em várias vertentes.

Uma delas é o direito ao silêncio, ou seja, o direito do indivíduo ficar calado perante qualquer órgão público, sendo certo que a jurisprudência¹⁷ considera o exercício do direito ao silêncio não equivalente à prova de culpabilidade, sob pena de esvaziar o princípio constitucional.

Uma outra vertente do princípio analisado é a possibilidade do acusado de não adotar comportamentos que possam desencadear a sua incriminação, assim como o direito de não produzir prova incriminadora, o que traz a tona a questão do exame de DNA.

A coleta de material genético é considerada uma intervenção corporal, ou seja, uma forma de pesquisa no corpo do sujeito com o propósito de coletar características físicas e psíquicas, o que caracteriza obtenção de prova no corpo humano.

Segundo Renato Brasileiro de Lima¹⁸, a coleta de DNA pode ser classificada em prova invasiva, a qual, esta, demanda a penetração no corpo físico do indivíduo e a extração de parte dele, como por exemplo, o exame de sangue. A segunda classificação é prova não invasiva, isto é, obtida na superfície do corpo, tendo em vista que não há invasão nem remoção do corpo, exemplificada pelo exame de DNA aferido por meio de fios de cabelo achados no solo.

Vale sobrepular que é o consentimento do indivíduo o elemento capaz de validar a intervenção corporal, seja ela invasiva ou não. Não havendo anuência do sujeito, a colheita de prova não invasiva somente pode ser realizada quando há comportamento passivo e não ativo do acusado.

No caso de prova invasiva¹⁹:

¹⁵NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 454.

¹⁶LIMA, op. cit., p. 70.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgR no RE nº 435.266*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370725>>. Acesso em: 07 set. 2019.

¹⁸LIMA, op. cit., p. 76.

¹⁹Ibid., p. 78.



[...] por conta do princípio do *nemo tenetur se detegere*, a jurisprudência tem considerado que o suspeito, indiciado, preso ou acusado, não é obrigado a se autoincriminar, podendo validamente recusar-se a colaborar com a produção da prova, não podendo sofrer qualquer gravame em virtude dessa recusa. Em diversos julgados, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o acusado não está obrigado a se sujeitar a exame de DNA [...].

Atualmente, a técnica adotada para a obtenção do material genético é chamada de *swab oral*, ou seja, extração de DNA de células da mucosa oral, também conhecido como esfregaço bucal.

De acordo com a classificação acima, essa técnica pode ser definida como colheita de prova pouco invasiva, já que é indolor e não há remoção de parte do corpo humano, apenas de células da boca, sendo possível quando o próprio sujeito concorda em fornecer o seu material genético.

Por outro lado, se indivíduo não permite a extração por meio do *swab oral*, a Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge²⁰, aduz que o Instituto Nacional de Criminalística enumera alguns procedimentos alternativos, tais como o uso de material biológico fornecido em exames de saúde anteriores e o recolhimento de objetos pessoais que estavam em ambiente controlado.

Importante ressaltar que essas possibilidades dependem de decisão judicial e são todas acompanhadas por perito.

Com isso, a depender do mecanismo de intervenção corporal praticado, assim como o consentimento e comportamento passivo do acusado, poderá ou não o material genético ser utilizado na instrução processual.

A segurança pública figura no nosso ordenamento jurídico como um direito fundamental, de acordo com o disposto no art. 144 da Constituição Federal²¹, sendo certo que cabe ao Estado fornecer mecanismos para a concretização efetiva desse direito e um deles é a identificação criminal.

Sob o ponto de vista da preservação da segurança pública, é cediço que os dados genéticos dos condenados são coletados como consequência da condenação, podendo ser usados para instruir investigações criminais e identificar pessoas desaparecidas, conforme dispõe a Lei nº 7.210/84²² e o Decreto nº 7.950/13²³.

²⁰BRASIL. *Parecer nº 07/2017 – AJCR/SGJ/PGR*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE973837_coletamaterialgenetico.pdf/view>. Acesso em: 18 out. 2019.

²¹BRASIL, op. cit., nota 3.

²²BRASIL, op. cit., nota 9.

²³BRASIL, op. cit., nota 11.

Ou seja, sob o fundamento da defesa da sociedade, um dos propósitos do dispositivo legal é melhor elucidar investigações de crimes.

O legislador, ao prever a obrigatoriedade de criação do perfil genético e o armazenamento em cadastro de dados, deixou bem claro sua preocupação com os crimes de maior periculosidade, ao passo que restringiu a obrigatoriedade de coleta de DNA aos condenados por crimes dolosos com grave violência ou hediondos.

A referida norma é revestida de um elevado grau protetivo, tendo em vista que a imposição de coleta de DNA de condenados para formar uma base de dados tutela bens jurídicos da vítima e da própria sociedade.

Em outras palavras²⁴:

[...] A vítima possui direitos fundamentais, violados em razão da prática criminosa (vida, integridade física, dignidade sexual, patrimônio, etc.), que devem, portanto, também ser tutelados pelo direito penal e processual penal. Lado outro, quando a sociedade não é a própria vítima do crime, inegavelmente sofre violação aos seus direitos em razão da prática criminosa (a ordem pública, a paz social, a segurança geral, etc.), que também devem ser defendidos pelo sistema penal e processual penal [...].

Portanto, pode-se dizer que o conteúdo normativo do art. 9º-A da Lei nº 7.210/84²⁵ concretiza o exercício do direito relacionado à segurança pública.

Em razão disso, extrai-se que a compulsoriedade de extração de DNA de condenados por crimes dolosos com grave violência ou hediondos e a imposição do armazenamento do DNA em banco de dados pode ou não representar uma violação do princípio da não autoincriminação. Ao mesmo tempo, pode também ser entendida como uma forma de preservar a segurança pública.

3. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA X O MECANISMO DE REFORÇO DA CONVICÇÃO DO PROCESSO PENAL

A imperiosidade de coleta de ácido desoxirribonucleico (DNA) de condenados por crimes dolosos com grave violência ou hediondos e a imposição do armazenamento em banco de dados sigiloso também traz à tona a discussão com relação ao princípio constitucional, qual seja, o princípio da presunção de inocência.

²⁴COUTO, Cleber. *Identificação genética na Lei de Execuções Penais e a Garantia da não auto-incriminação*. Disponível em: <<https://professorclebercouth.com.br/artigos/261435180/identificacao-genetica-na-lei-de-execucoes-penais-e-a-garantia-da-nao-auto-incriminacao>>. Acesso em: 18 out. 2019.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 9.

O princípio da não culpabilidade, como também é chamado, está disposto expressamente no art. 5^a, LVII da Constituição Federal²⁶, assim como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que passou a classificá-lo como direito humano de caráter fundamental.

A presunção de inocência, para Marcelo Novelino²⁷, “[...] enquanto instrumento de proteção da liberdade, visa a evitar juízos condenatórios precipitados, protegendo indivíduos potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas [...]”.

Esse princípio constitucional consiste no²⁸:

[...] direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório) [...].

Com isso, extrai-se que a presunção de inocência tem o condão de impedir que os efeitos finais do processo penal ocorram em momento anterior ao do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ou seja, a Carta Magna confere proteção ao sujeito por meio da presunção de não culpabilidade durante toda a instrução processual, não podendo o indivíduo receber tratamento, muito menos status de condenado, antes de proferida sentença penal com conteúdo condenatório.

No que tange à obrigatoriedade de extração de material genético dos condenados por crimes dolosos com grave violência ou hediondos, Pacielle de Oliveira²⁹ entende que “[...] a medida, além de seu caráter *estigmatizante*, viola o verdadeiro *direito* daquele que, após o cumprimento de sua pena, deve retornar ao *estado pleno* de cidadania e de inocência em relação a *atos futuros* [...]”.

Com relação ao armazenamento do DNA em banco de dados na forma que preceitua o art. 9-A, §1º da Lei nº 7.210/84, é possível perceber a ausência de prazo de duração, motivo pelo qual Pacielli de Oliveira³⁰ discorre que “[...] a instituição de um *cadastro geral genérico* de condenados, sem prazo de duração (definitivo, portanto), parece-nos de duvidosa constitucionalidade [...]”.

Em contrapartida, a Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge³¹, defende que:

²⁶BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁷NOVELINO, op. cit., p. 464.

²⁸LIMA, op. cit., p. 43.

²⁹OLIVEIRA, op. cit., p. 398.

³⁰Ibid.

³¹BRASIL, op. cit., nota 19.

[...] A lei atende aos reclamos da proporcionalidade: o acesso ao banco de dados deve ser precedido de autorização judicial; os perfis dirão respeito a amostras extraídas do local do crime, de investigados ou de condenados por crimes graves ou praticados com violência; não haverá registro de informações relativas a doenças ou outras características somáticas, exceto o gênero biológico [...].

Apesar da colheita de DNA ser uma consequência imposta aqueles que foram condenados por crimes graves, quais sejam, dolosos com grave violência ou hediondos, pode-se vislumbrar que o sujeito, após a extração de seu material genético e o destino ao banco de dados, não mais ostenta a condição de inocente e sim de suspeito.

Por outro lado, a extração compulsória de material genético pode ser compreendida como um mecanismo de reforço da convicção do processo penal, já que quanto maior a precisão da identificação do sujeito, menor a quantidade de erros cometidos pelo poder judiciário no momento da prolação de suas decisões.

A ciência possui avanços consideráveis para a melhor elucidação das investigações criminais, sendo que a forma mais eficiente de se identificar um indivíduo é por meio da análise da sua genética molecular humana.

O DNA, por trazer consigo um dado incontroverso de individualidade, tendo em vista a impossibilidade de duas pessoas possuírem o mesmo perfil genético, representa, portanto, uma prova robusta de inexistência de culpa do sujeito inocente.

Além disso, a obtenção de material genético de condenados pode ser analisada sob o prisma da vítima, tendo em vista que o grau de credibilidade do DNA permite que a investigação criminal solucione crimes passados ou futuros com mais rapidez e certeza, o que tende a gerar uma prestação jurisdicional mais satisfatória à vítima e familiares.

Nesse sentido, Pacielle de Oliveira³²:

[...] pode-se pensar em uma interpretação conforme a Constituição quando se tratar de delitos que ordinariamente deixam vestígios, como ocorre com os crimes sexuais. Para tais infrações, a coleta do material no local do delito e o seu imediato confronto com os dados do banco genético poderão facilitar a imediata identificação do autor [...].

Tanto a extração de DNA quanto o seu armazenamento em banco de dados são medidas que contribuem para impedir injustiças e facilitar investigações, tendo em vista que possuem o condão de reconhecer a ausência de culpa de investigados e até dos condenados.

³²OLIVEIRA, op. cit., p. 400.



Em razão do exposto acima, é possível perceber a evidente colisão entre o princípio da presunção de inocência e o mecanismo de reforço da convicção do processo penal, sendo certo que cada fundamento é relevante para se chegar à conclusão final sobre a possibilidade ou não da imposição legal da coleta de DNA de condenados por crimes dolosos com grave violência ou hediondos e o seu armazenamento em banco de dados sigiloso, o que será abordado a seguir.

CONCLUSÃO

Tendo em vista a exposição realizada, surge a dúvida quanto à compulsoriedade da coleta de material genético de condenados por crimes dolosos com grave violência ou hediondos e o armazenamento do DNA em banco de dados, na forma do art. 9-A da Lei nº 7.210/84. Tal disposição ofende o princípio da não autoincriminação?

A extração de DNA, na forma de intervenção corporal não invasiva, feita com a aquisição do indivíduo ou sem autorização, mas obtida por meio de comportamento passivo, é considerada prova válida, portanto, nesses casos, não há que se falar em violação do princípio constitucional da não autoincriminação.

Na modalidade de intervenção corporal invasiva, como é o caso da técnica do *swab oral*, apenas o consentimento do indivíduo valida a prova, de forma que o sujeito não pode ser obrigado a se autoincriminar, salvo decisão judicial que determine a realização de procedimentos alternativos de coleta do perfil genético indicados pelo Instituto Nacional de Criminalística.

Vale ressaltar que o objetivo na norma processual não é o de incriminar o sujeito que forneceu seu material genético, até porque é inviável a autoincriminação prévia por um crime que não ocorreu.

Na verdade, o intuito do art. 9º-A da Lei nº 7.210/84 é o de identificar o condenado, por meio do seu DNA, armazenando-o em um banco de dados sigiloso e, caso seja se necessário, acarear o material genético fornecido com elementos descobertos em cenas de crimes.

Dessa forma, a preservação da segurança pública é capaz de relativizar o caráter absoluto da não autoincriminação, já que o art. 9º-A da Lei nº 7.210/84 é revestido de um mecanismo protecional, na medida em que permite facilitar investigações e identificar pessoas desaparecidas.

Portanto, pode-se dizer que inexistente ofensa ao princípio constitucional esculpido no art. 5º, LXIII da Constituição Federal.

Além disso, a obrigatoriedade de extração de DNA de condenados por crimes dolosos com grave violência ou hediondos e o seu armazenamento em banco de dados representa um afronte ao princípio da não culpabilidade?

Havendo decisões condenatórias, ou seja, materialidade e autoria comprovadas por meio de provas lícitas e concretas produzidas no decorrer do processo penal, o princípio da presunção de inocência sofre um certo enfraquecimento, conforme julgados do STF.

De acordo com o Supremo, no início do processo, o princípio constitucional do art. 5^a, LVII da Constituição Federal possui força máxima. Entretanto, conforme as decisões condenatórias são proferidas, a culpa passa a ser demonstrada e, assim, ocorre o fenômeno da perda gradativa da presunção de inocência.

Pode-se aplicar esse entendimento jurisprudencial no que tange ao art. 9^o-A da Lei de Execução Penal, já que a exigência da coleta de DNA é uma consequência da sentença penal condenatória e, como a condenação penal diminui o peso da presunção de não culpabilidade, pode-se dizer que inexistente violação à Carta Magna.

Ademais, o armazenamento do material genético em banco de dados é capaz de promover maior convicção do processo penal, o que deve prevalecer em face do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, já que a obrigatoriedade de coleta de DNA de condenados e o destino ao banco de dados é um método eficaz que evita prestações jurisdicionais viciadas, tendo em vista que o material genético é único para cada ser humano, portanto, não passível de erro.

Com isso, pode-se dizer que a disposição elencada no art. 9^o-A da Lei n^o 7.210/84 contém, na verdade, um duplo viés protetivo.

Isto é, ao mesmo tempo que a obrigatoriedade de extração de material genético de condenados e o armazenamento em banco de dados promove segurança pública à sociedade e vítima, também protege o indivíduo na medida em que gera convicção processual penal mais adequada.

Em que pese a legislação processual penal não ter fixado um prazo de duração para o perfil genético coletado, é cediço que o legislador conferiu ao condenado a devida privacidade, conforme se extrai do art. 9^o-A, §1^o da Lei n^o 7.210/84, já que garantiu o sigilo como forma de proteção do indivíduo, sendo certo que somente o gênero biológico é armazenado e o acesso depende de autorização judicial.

Logo, não há que se falar em violação dos princípios constitucionais da não autoincriminação e presunção de inocência, motivo pelo qual conclui-se que o dispositivo legal em



análise encontra-se em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, sob o fundamento da preservação da segurança pública e reforço da convicção do processo penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 out. 2019.

_____. *Lei nº 7.210/84*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 06 out. 2019.

_____. *Lei nº 8.072/90*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

_____. *Lei nº 12.037/09*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

_____. *Lei nº 12.654/12*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. *Decreto nº 7.950/13*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm>. Acesso em: 07 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 568*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em: 22 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AgR no RE nº 435.266*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370725>>. Acesso em: 07 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126292*. Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 06 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC 44*. Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 06 out. 2019.

_____. *Parecer nº 07/2017 – AJCR/SGJ/PGR*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE973837_coletamaterialgenetico.pdf/view>. Acesso em: 18 out. 2019.

COUTO, Cleber. *Identificação genética na Lei de Execuções Penais e a Garantia da não auto-incriminação*. Disponível em: <<https://professorclebercouth.com.br/artigos/261435180/identificacao-genetica-na-lei-de-execucoes-penais-e-a-garantia-da-nao-auto-incriminacao>>. Acesso em: 18 out. 2019.



LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacielli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.



A EXTENSÃO E OS LIMITES DA PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NA JUSTIÇA NEGOCIAL PENAL

André de Abreu Silva

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo - A ideia de realização de acordos entre órgãos de persecução penal e o acusado gera controvérsia doutrinária. Tais institutos não são criticados pela doutrina, por serem alegadamente incompatíveis com princípios constitucionais importantes como a não incriminação e o devido processo e a obrigatoriedade da ação penal. Por outro lado, outros apontam que o atual ordenamento brasileiro já tem previsões desses acordos. O objetivo do trabalho é identificar essas previsões e verificar se a participação do magistrado nelas se adequa ao sistema acusatório a às garantias constitucionalmente previstas.

Palavras-Chave: Direito Processual Penal. Justiça Negocial. Transação Penal. Acordo de Não-persecução Penal. Colaboração Premiada. Poder Judiciário.

Sumário: Introdução. 1. Os principais modelos de acordos penais no ordenamento jurídico brasileiro. 2. A justiça negocial penal americana, principal influência do direito comparado 3. Limites para a participação do magistrado na justiça negocial penal brasileira. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca explicitar o papel do juiz nas diversas modalidades de acordos entre as partes no processo penal brasileiro. Pretende-se avaliar tanto trâmites processuais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, quanto em modelos no direito comparado que possivelmente venham a inspirar novas leis no país. O tema se mostra ainda bastante atual na sociedade brasileira, dadas novos projetos já em discussão nos âmbitos do Poder Executivo e do Legislativo.

A ideia de realização de acordos entre órgãos de persecução penal e o acusado gera controvérsia doutrinária. Institutos baseados no *pleabargaining*, de origem norte-americana, não são bem vistos por parte da doutrina, por serem alegadamente incompatíveis com princípios constitucionais importantes como o da não incriminação, do devido processo e da obrigatoriedade da ação penal. Segundo as críticas, a adaptação de tais institutos para o ordenamento brasileiro, de tradição sabidamente romano-germânica, não seria recomendável.

Por outro lado, outros setores doutrinários e até mesmo institucionais apontam que o atual ordenamento brasileiro já tem previsões de acordos entre acusadores e acusados, citando como principais exemplos a transação penal e a colaboração premiada.

Nesse contexto, a participação do magistrado no processo de negociação entre os envolvidos pode ser vista como alternativa para controlar abusos e prevenir violação de garantias fundamentais, arrefecendo críticas. Justifica-se, então, a análise das atuais previsões legais pertinentes, bem como as principais influências do direito comparado.

Para tanto, o primeiro capítulo deste trabalho busca analisar, de maneira breve, os modelos de acordos presentes no processo brasileiro atual. Além disso, pretende-se avaliar a eficácia de tais disposições e buscar apresentar as principais discussões atuais a respeito das modalidades analisadas.

A seguir, faz-se breve debate a respeito dos institutos jurídicos do *common law* presentes no ordenamento norte-americano, em que acordos de não persecução entre acusação e defesa se desenvolveram com mais amplitude. Com a abordagem, busca-se demonstrar que a comunicação entre esse modelo e o sistema romano-germânico é possível.

Por fim, o terceiro capítulo foca na contribuição do Poder Judiciário no ordenamento brasileiro, debatendo a necessidade dessa participação em todos os casos de acordo ou não. Busca-se, ainda, apontar limites para a atuação do Poder Judiciário, de forma que a autonomia conferida pela lei aos acordantes não seja restringida demasiadamente. Assim, preservam-se as finalidades dos acordos, mas garante-se o respeito a garantias fundamentais.

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.

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 PRINCIPAIS MODELOS DE ACORDOS PENAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Feita a breve introdução, passa-se a analisar, neste primeiro capítulo, as principais formas de acordo entre acusação e defesa já existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao se analisar o tema, a Lei nº 9099/1995¹ é o primeiro ato normativo que vem à mente de qualquer estudioso do direito penal. Como se verifica em seu art. 61, a norma trouxe ao ordenamento brasileiro tratamento processual diferenciado para as infrações de menor potencial ofensivo, que abrangem as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena não superior a, atualmente, dois anos, haja cumulação com multa ou não.

O art. 62 da referida lei traz importante orientação para a aplicação das normas especiais. Tal dispositivo determina a observância de diversos critérios no processo perante os Juizados Especiais. Dentre esses critérios, os mais importantes para o presente tema são a economia processual e a celeridade. Tais princípios são importantes para que se possa enfrentar, mais a frente, críticas doutrinárias quanto a compatibilidade de acordos de não persecução penal com o ordenamento brasileiro.

No intuito de alcançar um processo penal mais célere e simplificado, então, a Lei 9099/95 trouxe alguns institutos que podem ser agrupados em um “processo penal consensual”². O principal deles, não só para o presente artigo, é a aplicação imediata da pena, prevista no art. 76 e comumente conhecida como transação penal.

Apesar de sua limitada aplicabilidade no universo total das infrações penais, a figura se cerca de controvérsias doutrinárias, a começar pela discussão a respeito de sua natureza jurídica. Parte da doutrina entende a transação penal como um direito subjetivo do acusado, de forma que seria um dever do membro do Ministério Público oferecê-la. Não é esse, porém, o entendimento que prevalece. Para a maioria da doutrina, a exemplo de Gustavo Badaró³, a transação penal tem natureza jurídica de acordo, envolvendo consenso.

Como se verá mais detidamente a frente, segundo a jurisprudência majoritária, consubstanciada em julgados do STJ⁴, o próprio juiz não pode conceder a transação de ofício e, em caso de discordância entre ele e o membro do Ministério Público, deve ser aplicado o art. 28 do CPP⁵, para que o Procurador-Geral de Justiça decida o próximo passo a ser tomado. Tal entendimento reforça o caráter consensual da transação penal.

¹BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 09 mar. 2019.

²BARADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* - rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 630.

³Ibidem., p. 633.

⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 30970/SP*. Relator Min. José Arnaldo Da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=457345&num_registro=200301800213&data=20040329&formato=PDF>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁵BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 09 mar. 2019

Um aspecto legal que reforça a autonomia do membro do Ministério Público para a propositura do acordo se apresenta ao verificarmos os requisitos impostos pelo §2º do art. 76 da Lei nº 9099/95⁶. Segundo tal dispositivo, não se admite proposta quando não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime. Essa é uma norma legal que traz diversos conceitos jurídicos indeterminados. Isso traz, para os padrões do direito penal brasileiro, uma margem de discricionariedade um pouco maior para o Ministério Público decidir a respeito, pelo menos nos casos de infrações de menor potencial ofensivo. Entretanto, como se verá no capítulo seguinte, tal margem não se compara ao poder de decisão de um acusador em sistemas com a justiça penal negocial mais desenvolvida.

A respeito, é sempre importante lembrar que o princípio da reserva legal continua plenamente aplicado, devendo o hermeneuta sempre respeitar os limites impostos pela lei, ainda que diante de termos e expressões de conteúdo semântico aberto. Feita a ressalva, pode-se falar que em termos de transação penal há uma discricionariedade regulada por lei⁷.

Deve-se ter em mente que a participação de um advogado na realização do acordo é de salutar importância para que o devido processo seja respeitado. Como se sabe, este não se limita às fases processuais propriamente ditas, aplicando-se, desde logo, a qualquer procedimento legalmente previsto, em especial na área penal. É importante que o autor da infração tenha acesso a uma defesa técnica, a alguém com capacidade para instruí-lo a respeito de suas reais condições em uma investigação criminal e em eventual processo judicial. Como o acordo de transação penal se dá em fase pré-processual, a previsão legal de participação do defensor foi bem colocada pelo legislador, ajudando até mesmo a arrefecer críticas ao instituto no sentido de violação à ampla defesa. Ainda assim, deve-se ter em mente a possibilidade de dissonância entre a vontade do autor do fato e a do defensor. Nesse caso, parece muito razoável que prevaleça a vontade do primeiro, pois é ele quem sofrerá as penas restritivas de direito ou de multa, a depender do caso concreto.

A transação penal, porém, não se presta para todo e qualquer crime no ordenamento brasileiro. Como seu fundamento é a Lei nº 9099/95⁸, apenas os crimes com pena de até dois anos podem ser incluídos no acordo.

Quase vinte anos após a publicação de tal lei, entretanto, entrou em vigor a Lei nº 12.850/2013⁹, que traz mais um mecanismo de implementação de justiça penal consensual,

⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

⁷BADARÓ, op. cit., nota 2.

⁸BRASIL, op. cit., nota 1.



desta vez com efeitos em persecução penal de crimes de maneira mais ampla. A lei trata das organizações criminosas e prevê novos meios de investigação e obtenção de prova. Dentre eles, a colaboração premiada vem obtendo grande notoriedade por sua aplicação em vários escândalos de corrupção.

Segundo o art. 4º da Lei nº 12.850/13¹⁰, o juiz pode, a requerimento das partes, reduzir a pena privativa de liberdade do autor do fato em até dois terços, ou até mesmo conceder o perdão judicial. Para tanto, exige-se do beneficiado a colaboração com a investigação e com o processo criminal, de forma que venham a ser obtidos resultados concretos.

Para além de dar azo a discussões e debates institucionais fortes a respeito do papel de cada um dos sujeitos envolvidos na colaboração, trata-se de instituto de aplicação importantíssima atualmente, incitando discussões doutrinárias e jurisprudenciais importantes e já tendo causado efeitos práticos avassaladores. Diversos escândalos recentes de corrupção têm sido comprovados com base em provas obtidas mediante colaborações premiadas.

Outra recente inovação no ordenamento jurídico brasileiro é o Acordo de Não Persecução Penal, que o Conselho Nacional do Ministério Público tentava implementar com a sua Resolução nº 181/2017¹¹. Posteriormente, em 24 de dezembro de 2019, foi publicada a Lei nº 13.964/2019¹², que introduziu esse instituto no Código de Processo Penal, acrescentando a este diploma o art. 28-A.

O artigo 18 da referida resolução trata do referido acordo e dispõe que o Ministério Público poderá oferecê-lo em caso de crimes aos quais é cominada pena mínima inferior a quatro anos, quando o ilícito não houver sido praticado mediante violência ou grave ameaça, e quando o autor do fato houver confessado formalmente. Além desses requisitos iniciais, a resolução prevê diversas outras condições a serem impostas pelo *parquet* para o oferecimento do acordo, notadamente condições que se identificam com as penas restritivas de direitos do Código Penal.

O fato de uma resolução trazer previsões como essa gerava grandes preocupações por diversos setores institucionais, além da doutrina. Ao que parece, haveria uma resolução do Conselho Nacional do Ministério Público alargando institutos definidos em lei, seja pelo

⁹BRASIL, *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: 09 mar. 2019.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181/2017*. Disponível em: <<http://www.cnpm.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2019.

¹²BRASIL, *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.

Código Penal, seja pela Lei nº 9099/95. Haveria inconstitucionalidade, então, por violação aos princípios da reserva legal e da indisponibilidade da ação penal, dentre outras normas constitucionais.

Nesse sentido, a Resolução 181/2017 do CNMP¹³ já era alvo das ações diretas de inconstitucionalidade nº 5790 e 5793, ajuizadas pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente. Tais ações ainda estão pendentes de julgamento pelo STF, de forma que novos contornos jurisprudenciais a respeito da matéria eram iminentes.

Porém, como já adiantado, a publicação da Lei nº 13.964/2019, em uma das medidas que o governo acabou por chamar de “Pacote Anticrime”, introduziu o instituto na legislação, com alterações de pequena monta. Boa parte das antigas críticas perderam força, mas abriram espaço para novas discussões, sejam elas relacionadas a constitucionalidade, sejam a respeito de política criminal. A Jurisprudência e a Doutrina passarão a ter que enfrentar o novo acordo, que agora está inserido em uma das mais importantes leis do país.

Apresentados esses institutos, podemos observar em que já há acordos de não persecução penal no ordenamento jurídico vigente no Brasil. Fica evidente que eles não só são compatíveis com ordenamento brasileiro, como também já são aplicados e possuem eficácia social grande.

Ainda assim, a generalização da justiça negocial para além das Leis nº 9.099/95 e nº 12.850/13 não deve ser feita sem estudo aprofundado de modelos já existentes, buscando implementar o que for possível, mas sem deixar de fazer as adaptações necessárias ao ordenamento jurídico brasileiro e todas as garantias individuais que ele proporciona ao autor da infração.

Dessa maneira, pode-se passar a avaliar o principal modelo no direito comparado, de onde se originaram os acordos estudados, buscando avaliar também a participação do magistrado em cada um deles. Como se verá, as discussões a respeito da legitimidade da justiça negocial feitas nos modelos brasileiros também estão presentes em ordenamentos estrangeiros, de forma que a discussão no direito comparado também serve, em grande medida, ao ordenamento brasileiro, marcado pelos institutos deste primeiro capítulo.

¹³BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 181. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2020.

2. A JUSTIÇA NEGOCIAL PENAL AMERICANA, PRINCIPAL INFLUÊNCIA DO DIREITO COMPARADO

Ao se começar a abordar o tema de acordos processuais no âmbito do processo penal, o modelo norte-americano logo vem à mente do estudioso do Direito. De fato, os americanos, ainda que com diferenças marcantes entre as leis de cada Estado membro de sua federação, propiciaram o desenvolvimento da justiça negocial, dando origem ao que se conhece hoje como *pleabargaining*.

Trata-se de um acordo, formal ou não, entre acusação e a defesa¹⁴. É a barganha realizada entre promotoria e acusado a respeito de seu *plea*, ou seja, da resposta que ele dá a uma acusação. De modo geral, se a defesa concorda em admitir a culpa pelo fato (*guiltyplea*), ou se resigna a não contestar as alegações, ainda que sem admitir culpa (*nolocontendere*), receberá uma oferta de acusação por crimes mais brandos, pena mais branda ou alguma posição processual que considere mais vantajosa, e o caso será encerrado.

A principal característica desse modelo está no altíssimo grau de discricionariedade do detentor da ação penal, ou seja, do agente análogo ao membro Ministério Público no Brasil. Ele terá toda a liberdade de negociar com a defesa e apresentar propostas de penas menos severas ou de acusações de crimes menos graves e, em troca, buscar confissão ou novas informações do acusado a respeito do caso. Por outro lado, a defesa pode avaliar suas chances processuais e aceitar ou não a proposta, de acordo com as chances que considera ter num eventual julgamento. O acusado pode também, a depender do caso, decidir contribuir com o órgão acusatório, oferecendo informações a respeito de outros envolvidos ou do modo de ser do crime em questão ou até mesmo de outros delitos.

Observa-se aqui, então, uma primeira e principal diferença entre o modelo americano de justiça negocial e os elementos desta que o ordenamento jurídico brasileiro já possui. A obrigatoriedade da ação penal pública, enquanto princípio ainda muito arraigado no processo penal brasileiro, torna muito difícil falar em um nível de discricionariedade que não seja baixo, ou, pelo menos, que não tenha balizas firmemente previstas em lei.

Importante destacar que toda essa discricionariedade dos acusadores americanos se mostra muito mais compatível com o modo com que eles, os “promotores” (*districtattorneys*) norte-americanos, são escolhidos para a função. Escolhidos, sim, pois eles são, na imensa

¹⁴ LYNCH, Timothy. The case againstpleabargaining. *Cato SupremeCourt Review*, v. 1, p. 28-31, 2002. Disponível em <<https://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/10/v26n3-7.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.

maioria das vezes, eleitos em eleições locais. A legitimidade para persecução penal em nome dos interesses da sociedade é fundamentada de maneira muito direta, o que justifica, pelo menos em comparação com outros modelos, o alto grau de discricionariedade.

Todo esse modelo funciona de maneira razoavelmente eficaz, mas não é imune a críticas, mesmo entre os americanos. O conflito entre valores de justiça e eficácia do processo penal acaba por gerar debates acirrados a respeito não só do modo com que as negociações em âmbito penal são realizadas, mas também a respeito da constitucionalidade de todo o sistema de *pleabargaining*. Tais discussões também estão presentes no Brasil, e afloram cada vez que novo instituto negocial surge.

Ao fazer estudo a respeito da discricionariedade do promotor sob uma perspectiva histórica, a americana Carolyn B. Ramsey¹⁵, professora de processo penal da Universidade do Colorado, chama a atenção para o fato de que o *pleabargaining* se popularizou durante o século XIX e, desde então, já sofria críticas ferrenhas em certos aspectos. Em Nova Iorque, boa parte dessas críticas eram veiculadas na imprensa e jornais locais, denunciando a atuação de promotores que aceitavam confissões em troca de penas consideradas muito leves pelos críticos.

Ainda hoje, o tema continua a ser debatido nos Estados Unidos. De um lado, autores como Timothy Lynch¹⁶ afirmam a inconstitucionalidade da negociação dos *pleas*, afirmando que os constituintes americanos já conheciam de procedimentos supostamente mais eficientes, mas escolheram não os adotar. O autor constata, como se divulga há algum tempo, que os julgamentos por um júri já são raridade no sistema de justiça americano e afirma que o que está errado é o *pleabargaining*.

Segundo ele, os acordos acabam por consistir em uma punição exercida pelo Estado, pelo mero exercício pelo acusado do direito de defesa. As grandes diferenças entre as penas aplicadas a situações semelhantes também trazem questionamentos a respeito de isonomia. Por vezes até mesmo crimes praticados em concurso de agentes acarretam penas discrepantes: aquele que aceita o tempo de pena privativa de liberdade proposto pelo promotor ficará preso por muito menos tempo que o coautor que decide ir a julgamento. A diferença pode ser tão

¹⁵RAMSEY, Carolyn B., The Discretionary Power of "Public" Prosecutors in Historical Perspective. *American Criminal Law Review*, Colorado, v. 39, p.1309-1393, 2002. Disponível em <<https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1560&context=articles>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

¹⁶LYNCH, Timothy. AnEerieEfficiency. *Cato SupremeCourt Review*, v. 1, p.171-186, 2002. Disponível em <<https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/supreme-court-review/2002/9/lynch.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

grande, que por vezes alguém que rejeita uma proposta de cinco anos de prisão pode chegar a ser condenado a prisão perpétua, como veremos mais adiante.

Outra crítica diz respeito à desigualdade entre a acusação e a defesa. Enquanto o Estado estaria bem preparado para exercer sua pretensão punitiva, com profissionais adequadamente instruídos e com estrutura de qualidade, boa parte dos acusados não teria acesso a um advogado de qualidade. Isso prejudicaria a noção dos acusados a respeito do que seria um acordo justo e sua defesa como um todo. A mesma crítica se fazia muito presente no ordenamento brasileiro, mas perdeu um pouco de força com a crescente estruturação das Defensorias Públicas no país.

Por outro lado, e como não poderia deixar de ser, nos Estados Unidos também há os defensores da constitucionalidade do *pleabargaining*.

O principal argumento desses defensores está na voluntariedade do acordo. Se o acusado não quiser, jamais será obrigado a abrir mão de seu direito a um julgamento dentro do devido processo legal. Nesse sentido, a negociação do *plea* é apontada como alternativa para o acusado, e não como coação estatal.

Assim, o direito de ser julgado por um júri, para essa parcela doutrinária, é alienável, de forma que o acusado poderá sim aceitar a proposta da acusação e cumprir uma pena reduzida.

As consequências práticas também são sempre levantadas: celeridade e eficiência no processo penal, com um número muito maior de processos resolvidos de maneira rápida e sem maiores problemas ou formalidades processuais.

As normas aplicáveis à negociação variam de Estado para Estado Americano. O federalismo norte-americano, desde suas origens como federalismo por agregação, dá autonomia muito maior a cada ente federado do que a que se confere aos Estados no Brasil. Essas diferenças normativas, além de eventuais abusos por parte do Estado acusador, fazem com que certos autores admitam que o sistema de *pleabargaining* precisa de certos reparos. Isso, porém, não configura sua inconstitucionalidade.

Dentre esses doutrinadores está Timothy Sandefur¹⁷, segundo o qual a existência de abusos não implica nem inconstitucionalidade, nem imoralidade. O autor afirma que abusos existem neste como existem em qualquer outro instituto jurídico e defende reformas, mas não deixa de considerar a negociação constitucional.

¹⁷ SANDEFUR, Timothy. In Defense of PleaBargaining. *Cato SupremeCourt Review*, v. 1, p. 28-31, 2002. Disponível em < <https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/7/v26n3-8.pdf>>. Acesso em 21 ago. 2019.

De todo modo, a Jurisprudência da Suprema Corte norte-americana admite o *pleabargaining*, já tendo afirmado sua constitucionalidade. O *leading case* foi o *Bordenkirchervs Hayes*, de 1978¹⁸. Hayes, envolvido em falsificação documental, foi formalmente acusado de ter cometido um crime de relativa pouca gravidade. A pena para tal delito, se individualmente considerado, varia de dois a dez anos de prisão. Ao tratar com a acusação, recebeu a proposta de cumprimento de pena de cinco anos, se admitisse a culpa. Se não aceitasse, porém, seria processado sob as regras de *Kentucky* para criminosos habituais, pois já havia cometido outros delitos anteriormente. Hayes recusou a oferta de barganha e foi a julgamento, ocasião em que foi condenado, por maioria, a prisão perpétua.

Inconformado, Hayes recorreu, e seu processo acabou eventualmente sendo julgado pela Suprema Corte americana, que referendou a condenação. Na oportunidade, a corte salientou o papel que o instituto tem em todo o sistema de persecução penal americano. Segundo a corte, a imposição de escolhas difíceis é atributo inevitável de qualquer sistema legítimo que tolera e encoraja o *pleabargaining*.

Sendo assim, apesar das fortes discussões doutrinárias a respeito, o instituto continua a ser aplicado de maneira ampla no processo penal americano. Hoje, segundo informa a própria Suprema Corte americana e diversos pesquisadores¹⁹, mais de noventa por cento dos acusados prefere admitir culpa e aceitar o tempo de pena acordado com a acusação, em vez de ir a julgamento.

Embora as críticas continuem até hoje, deve-se avaliar se a abolição ou restrição radical do instituto será de interesse dos próprios acusados. Se isso ocorrer, eles terão de, inevitavelmente, ir a julgamento por júri, o que costuma resultar em penas muitíssimo mais severas, como já se expôs.

Por fim, observa-se ainda que o papel do juiz em todo esse processo é muito limitado.

O sistema acusatório é caracterizado, primordialmente, pela separação entre as figuras de acusador e julgador²⁰. Essa diferenciação se dá, porém, de diversas maneiras diferentes em ordenamentos jurídicos pelo mundo. Por isso, pode-se afirmar que há diversos sistemas acusatórios diferentes.

No sistema americano, a separação é notavelmente grande. A figura do juiz se mantém afastada das partes, quase que como um observador distante, enquanto o contraditório se desenvolve (*adversarial system*). Trata-se de sistema que prioriza a imparcialidade do

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ LYNCH, op. cit., nota 14, p. 176.

²⁰ BARADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.

magistrado. Essa postura fica ainda mais evidente quando se verifica a ausência de iniciativa probatória do magistrado americano, o que não acontece nem no Brasil, nem na Europa.

Tudo isso resulta em um magistrado que não interferirá nos acordos entre acusação e defesa, o que contribui ainda mais para o já mencionado alto grau de discricionariedade do promotor americano. Como acontece em diversos aspectos do ordenamento americano, há certas diferenças entre as diferentes jurisdições de diferentes Estados, mas na maioria dos casos, o papel do juiz no *pleabargaining* é diminuto, e as cortes raramente se envolvem²¹.

3. LIMITES PARA A PARTICIPAÇÃO DO MAGISTRADO NA JUSTIÇA NEGOCIAL PENAL BRASILEIRA

Apresentadas as principais formas de negociação no âmbito do processo penal brasileiro, bem como a principal influência do direito comparado para a matéria, além das discussões principiológicas a respeito, resta, neste terceiro e último capítulo, analisar a participação do magistrado nos procedimentos brasileiros avaliados. Procura-se demonstrar como a legislação trata o tema em cada oportunidade, além de verificar os principais entendimentos jurisprudenciais a respeito.

Começa-se pela transação penal, prevista no artigo 76, da Lei nº 9.099/95²², em que é chamada de “aplicação antecipada da pena” restritiva de direito. Como visto no primeiro capítulo, trata-se de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, mas não configura direito subjetivo do réu.

Quanto ao papel do juiz, tem-se aqui, de início, ponto importante a ser lembrado: o magistrado não pode conceder transação penal de ofício. Caso entenda ser o caso de transação penal não proposta pelo Ministério Público, deve o juiz aplicar o art. 28 do CPP e enviar os autos ao Procurador-Geral.

Como visto, a transação tem natureza de acordo entre a acusação e a defesa. O próprio artigo 76 é claro ao indicar apenas o Ministério Público como possível oferecedor do benefício legal, não fazendo qualquer menção ao magistrado, senão a partir do §3º do referido artigo²³.

²¹ BIBAS, Stephanos. *Incompetent Plea Bargaining and Extrajudicial Reforms*. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/2012/11/incompetent-plea-bargaining-and-extrajudicial-reforms/>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

²² BRASIL, op. cit., nota 1.

²³ Ibidem.

Sendo assim, o Procurador-Geral de Justiça receberá os autos para oferecer ele próprio a proposta de transação, para designar outro membro do *parquet* para fazê-lo, ou para insistir no não oferecimento.

Ainda quanto à atividade do Juiz na transação penal, diante de natureza da sentença, pode parecer que a atuação do magistrado é diminuta. O juiz deve verificar se os requisitos legais foram preenchidos, fazendo uma análise formal. Nesse sentido, o juiz profere uma sentença homologatória, apenas, sem fixar pena diferente da acordada entre os envolvidos na negociação: Ministério Público e autor da infração.

Partindo desse pressuposto, o Supremo Tribunal Federal editou o verbete nº 35²⁴ de sua súmula, afirmando, dentre outras coisas, que a homologação da transação penal da Lei nº 9099/95 não faz coisa julgada material. Trata-se, então, de mais um indício de que o juiz não adentra o mérito dos acordos. Se os termos forem desrespeitados pelo autor do fato, caberá ao Ministério Público o oferecimento de denúncia.

Por outro lado, é interessante a maneira com que os parágrafos 3º e 4º, do art. 76²⁵ prescrevem a atuação do juiz. O primeiro determina que a proposta aceita pelo autor da infração será “submetida à apreciação” do juiz. O segundo, por sua vez, afirma que o juiz, “acolhendo a proposta” do Ministério Público aceita pelo autor da infração, aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, através de sentença (§5º) homologatória.

A redação desses dispositivos parece dar certa margem de avaliação ao magistrado. Estabelecer os limites dessa atuação, porém, não é tão simples.

A discussão não se limita à transação penal, porém. Também nos acordos de colaboração premiada o papel do juiz é discutido, mas neste caso a lei já estabelece de forma mais clara a participação do magistrado. A Lei nº 12.850/2013²⁶, em seu art. 4º, determina que o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder perdão judicial ou reduzir a pena do réu em até dois terços, além de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, daquele que tiver efetivamente colaborado com a investigação.

A lei determina que o magistrado tome qualquer dessas decisões a pedido de uma das partes, e não de ofício, entretanto, o §2º do art. 4º determina expressamente que a aplicação do

²⁴Idem. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 38*: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”

²⁵Ibidem.

²⁶BRASIL. *Lei nº 12.850/2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 12 set. 2019.



art. 28, do CPP²⁷ é possível. Isso possibilita que o magistrado ao menos possa fazer, em casos de não oferecimento de acordo na petição inicial, com que a análise a respeito da conveniência do oferecimento seja refeita. Como a lei de Organização Criminosas é de 2013, já pôde ser elaborada levando em consideração as soluções doutrinárias e jurisprudências para o silêncio da Lei dos Juizados Especiais quanto a normas análogas.

Uma visão mais restritiva a respeito do papel do magistrado poderia defender que ele está preso a uma mera verificação da presença dos requisitos formais para o oferecimento, a aceitação e a homologação da proposta, no caso da transação, ou dos termos do pedido, no caso da colaboração premiada. Atente-se ao §6º do art. 4º, da Lei nº 12.850/13, que determina expressamente que o juiz não participará das negociações entre as partes para a formação do acordo de colaboração premiada. Caberia ao juiz tão somente homologar, conforme determina o §7º, verificando regularidade, legalidade e voluntariedade. Avaliar o mérito não faria parte da atribuição do magistrado.

A impossibilidade de avaliar o mérito das negociações, entretanto, não impede de maneira absoluta toda e qualquer atuação do magistrado em processos em que a colaboração se faz presente. Nesse sentido, estudiosos como Alexandre de Castro Coura e Américo Bedé Junior²⁸, defendem uma atuação um pouco mais ampla. Para tais autores, o papel do magistrado não é de mero homologador, mas de garantidor dos direitos fundamentais dos envolvidos no acordo de colaboração premiada, seja o delator, seja o delatado.

Assim parece se encaminhar a jurisprudência. Ainda a respeito da colaboração premiada, caso recente e interessante nesse sentido é aquele em que o Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito do prazo diferenciado para réus colaboradores (delatores) e réus delatados apresentarem alegações finais.

A decisão se deu no *Habeas Corpus* nº 166.373²⁹, julgado por maioria no plenário da Corte, e se baseia no interesse contrários entre os referidos réus. Para possibilitar o real exercício do contraditório e da ampla defesa, a abertura de prazos sucessivos seria essencial. A publicação do acórdão ainda está pendente, mas todos os Ministros já votaram.

Note-se que não há qualquer previsão legal a respeito de prazo diferenciado para os referidos sujeitos processuais, que são todos réus. Apesar de polêmica e criticável, trata-se de

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 5.

²⁸ COURA, Alexandre de Castro; BEDE JUNIOR, Américo. A atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 105, nº 969, p.149-159.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 166.373/PR. Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116>>. Acesso em: 15 out. 2019.

manifestação clara do Supremo Tribunal Federal no sentido de que cabe ao Poder Judiciário realizar as adaptações necessárias, até mesmo ao procedimento legalmente previsto, para assegurar o exercício de direitos fundamentais.

Seguindo adiante, disposições parecidas com as do art. 28, do CPP³⁰ também aparecem no Acordo de Não Persecução Penal, no novo art. 28-A do mesmo diploma. Além disso, o §4º deste artigo é expresso ao afirmar que o magistrado avaliará a voluntariedade do acordo, bem como a sua legalidade. O §5º autoriza a devolução ao Ministério Público para a realização de adequações no acordo, sob penade recusa de homologação por parte do juiz, nos termos do §7º. O acordo de não persecução admite, então, de maneira expressa e em diversos dispositivos legais, a participação do juiz de maneiras contundentes.

Sendo assim, em todas essas hipóteses (transação penal, colaboração premiada e acordo de não-persecução penal), o magistrado acaba tendo sim certa ingerência na aplicação da norma, ou, ao menos, pode discordar da posição inicial das partes e enviar o caso ao Procurador-Geral para que ratifique os termos propostos ou melhor adeque a postura do Ministério Público ao caso concreto. A análise deste, pode, porém, impor ao magistrado medidas que vão além de meras formalidades, especialmente para proteger garantias constitucionais essenciais ao indivíduo.

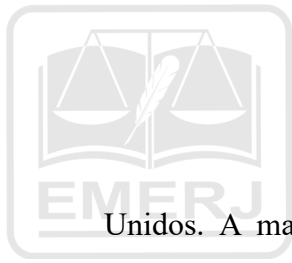
Comoa decisão final a respeito do oferecimento ou não de acordos geralmente é do Procurador-Geral, o protagonismo nas negociações está com o Ministério Público e com o acusado, que poderá aceitá-los, ou recusá-los. Porém, com a fundamentação adequada, e em momentos processuais adequados, o magistrado não só pode como deve atuar apara garantir aos acusados suas garantias fundamentais.

CONCLUSÃO

Após avaliar as principais formas em que a Justiça negocial se manifesta no direito Processual penal brasileiro, não se pode afirmar que o papel do magistrado nas negociações é de simples homologador. A participação do juiz varia de acordo com a modalidade de acordo processual em questão, sendo as leis aplicáveis diferentes apara cada uma delas.

Ao observar, também, o principal modelo de justiça negocial penal no direito comparado, o modelo norte-americano, percebe-se que o magistrado brasileiro possui participação maior do que a usualmente delineada pelos Estados-membros dos Estados

³⁰BRASIL, op. cit., nota 5.



Unidos. A maior vinculação do Ministério Público aos ditames da lei, no Brasil, traz ao magistrado, no mínimo, o dever de verificar se todos os requisitos legais de cada modelo de acordo foram preenchidos no caso concreto.

O próprio modelo de sistema acusatório delineado pelas normas brasileiras traz o magistrado como participante do contraditório, na medida em que ele possui iniciativa probatória, ainda que não irrestrita. Nesse sentido, o magistrado não é mero destinatário da prova, mas participa do contraditório, notadamente em acordos como os de colaboração premiada.

Como visto, o tema continua atual, e tem seu lugar sempre que a lei ou outro ato normativo pretende instituir nova espécie de acordo no âmbito penal, a exemplo de novas leis ou resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público.

O exemplo de atuação judicial mais relevante no cenário não só jurídico, mas também político do Brasil atual é, como visto, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do prazo diferenciado para alegações finais em processos com réus colaboradores e alvos de colaborações premiadas. Concorde-se ou não com a decisão, alterações processuais se mostram relevantíssimas no processo penal atual, a como se observa na adequação feita no procedimento em processos em que houve delação premiada, a despeito de previsão legal específica.

Tudo isso no intuito de preservar direitos fundamentais de acusados no processo penal, principalmente aqueles ligados ao contraditório e à ampla defesa constitucionalmente assegurados.

Nessa nota, tem-se por conclusão que o magistrado deve estar sempre atento ao cumprimento da lei, em respeito ao procedimento, e, também, sempre garantir às partes os seus direitos fundamentais. Com essa identidade de objetivo, pode-se concluir que ainda que a intensidade da participação do juiz varie de acordo com o procedimento adotado, essa diferença é de grau, e não de gênero.

REFERÊNCIAS

BARADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BIBAS, Stephanos. *IncompetentPleaBargainingand Extrajudicial Reforms*. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/2012/11/incompetent-plea-bargaining-and-extrajudicial-reforms/>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 mar. 2019.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 09 mar. 2019.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 09 mar. 2019.

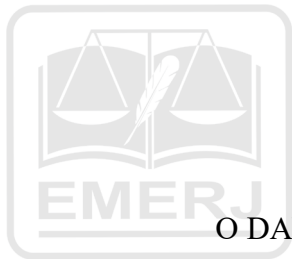
_____. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 09 mar. 2019.

COURA, Alexandre de Castro; BEDE JUNIOR, Américo. *A atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro*. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 105, nº 969, p.149-159.

LYNCH, Timothy, AnEerieEfficiency. *Cato SupremeCourt Review*, v. 1, p.171-186, 2002. Disponível em <<https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/supreme-court-review/2002/9/lynch.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

RAMSEY, Carolyn B., The Discretionary Power of "Public" Prosecutors in Historical Perspective. *American Criminal Law Review*, Colorado, v. 39, p.1309-1393, 2002. Disponível em <<https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1560&context=articles>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

SANDEFUR, Timothy. In Defense of Plea Bargaining. *Cato SupremeCourt Review*, v. 1, p. 28-31, 2002. Disponível em <<https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/7/v26n3-8.pdf>>. Acesso em 21 ago. 2019.



O DANO MORAL EM CASO DE ÓBITO DE PACIENTE DECORRENTE DE ERRO MÉDICO

Anna Luiza Pereira Lyrio Barreto

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

Resumo – O trabalho aborda tema amplamente discutido na jurisprudência, qual seja, o dano moral e os critérios para sua quantificação, mais especificamente em casos de óbito de paciente proveniente de erro médico. Será analisada a responsabilidade civil do médico e do hospital, as excludentes de responsabilidade, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação entre médicos e pacientes, bem como os critérios fixados pelo Superior Tribunal de Justiça nos casos de condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais, a fim de diminuir a subjetividade na discricionariedade do magistrado quanto ao arbitramento da indenização.

Palavras-chave – Direito Civil. Responsabilidade Civil. Dano moral. Morte. Erro médico.

Sumário – Introdução. 1. Análise da responsabilidade civil do médico e do hospital em caso de morte de paciente. 2. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre pacientes e médicos. 3. A subjetividade na discricionariedade do magistrado no arbitramento do dano moral e a variação dos critérios utilizados. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa a fixação do dano moral diante da responsabilidade civil dos médicos e dos hospitais em casos de óbito de paciente decorrente de erro médico, buscando quais critérios devem ser utilizados pelos magistrados para arbitrar, da melhor maneira possível, o *quantum* indenizatório, de acordo com o entendimento dos Tribunais Superiores e a doutrina brasileira.

A reparação pelos danos e prejuízos causados ao indivíduo é considerada direito fundamental, de acordo do art. 5º, X da CRFB/88, sendo pacífico o entendimento quanto ao cabimento e quanto à existência da responsabilidade civil. Entretanto, ainda que se tratando de responsabilidade civil, a jurisprudência e a doutrina não são unânimes e nem pacíficas em relação à fixação de indenização razoável a título de danos morais.

Quanto ao dano moral, ressalta-se que o Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor e o Superior Tribunal de Justiça afastaram a possibilidade de utilização de critérios pré-definidos e pré-fixados para o arbitramento de tal indenização, tendo em vista que essa

avaliação se encontra em constante evolução no direito brasileiro e que cada caso concreto possui suas especificações.

Dessa maneira, considerando que o bem jurídico mais importante tutelado pelo ordenamento é a vida e que, atualmente, diversos são os casos de óbito por erro médico, tem-se a discussão não apenas quanto à responsabilidade civil do médico e do hospital, mas também quanto à quantificação da indenização a título de danos morais, observando a subjetividade na discricionariedade dos magistrados.

O primeiro capítulo analisa como os Tribunais Superiores tem discutido a questão da responsabilidade relacionada ao óbito de paciente por erro médico, comprovando que a responsabilidade dos médicos perante erro médico é subjetiva e que a responsabilidade dos hospitais é objetiva, de maneira que para os médicos será necessário comprovar culpa na sua ação ou omissão, enquanto que para os hospitais essa prova não é necessária.

Posteriormente, considerando que a relação entre médicos e pacientes é uma relação de consumo, como já pacificado pela jurisprudência, o segundo capítulo objetiva a verificação dos direitos dos médicos e dos pacientes diante da relação existente entre eles, bem como os deveres que o médico possui diante da prestação de serviço, através da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, destacando o dever de prudência, cuidado, informação, transparência, boa-fé e diligência.

Por fim, o terceiro capítulo é responsável por observar quais os parâmetros e critérios utilizados pelos magistrados para quantificar a reparação por danos morais nos casos de morte por erro médico, através da análise da doutrina e do julgamento do Recurso Especial nº 135.202/SP, aplicando principalmente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de diminuir a subjetividade dos magistrados no arbitramento da reparação pelos prejuízos causados.

Diante da evolução e atualização do tema relacionado a indenização a título de danos morais, a jurisprudência e a doutrina encontram-se em constante modificação e ampliação de entendimento, sendo esse o motivo pelo qual será utilizado o método hipotético-dedutivo na pesquisa, em que são analisadas proposições hipotéticas para que o objeto da pesquisa seja estudado, para que a pesquisa seja desenvolvida e para que os argumentos sejam confirmados ou rejeitados. Paralelamente, a abordagem do objeto é feita de maneira qualitativa, tendo em vista a análise da bibliografia para sustentar a tese.

1. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DO HOSPITAL EM CASO DE MORTE DE PACIENTE

A responsabilidade civil surge com o descumprimento de uma obrigação que poderá ser tanto contratual, quando for desobedecida regra imposta em contrato, como extracontratual, quando fundada em abuso de direito ou ato ilícito. Esse dever de reparação encontra respaldo na Constituição Federal, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Considerando tal diferenciação e diante de entendimento já pacificado pela jurisprudência dos tribunais superiores, a responsabilidade por óbito de paciente decorrente de erro médico é considerada responsabilidade extracontratual, motivo pelo qual aplicam-se os arts.186, 927 e 951 do CC/2002¹. Na responsabilidade extracontratual, a inobservância de uma norma legal causa prejuízos à vítima, surgindo para o agente o dever de reparar a vítima ou seus familiares, não sendo necessária relação obrigacional ou contratual preexistente.

Quanto aos pressupostos para que seja configurado esse dever de indenizar, Maria Helena Diniz² entende que deverá ser comprovada a conduta do agente, o dano causado e o nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano, enquanto Silvo de Salvo Venosa³ apresenta quatro pressupostos para configurar a responsabilidade civil, quais sejam: conduta voluntária do agente, nexo de causalidade, dano e culpa.

Tendo dito isso, a responsabilidade civil recebe outra classificação quanto à culpa, podendo ser subjetiva ou objetiva. Conforme dispõe Flávio Tartuce⁴, a responsabilidade civil subjetiva é baseada na teoria da culpa, sendo necessária a comprovação da culpa genérica, que acaba por incluir o dolo, entendido como a intenção de prejudicar e a culpa em sentido estrito que é entendido como o agir com imprudência, negligência ou imperícia.

A imprudência ocorre quando não há precaução ao praticar determinado ato, a negligência seria a falta de cuidado em uma situação e a imperícia é a falta de conhecimento e habilidade específica para praticar uma conduta. Assim, na responsabilidade civil subjetiva é necessário fazer de prova da culpa do agente na prática do ato que causou o dano ao indivíduo.

Em contrapartida, a responsabilidade civil objetiva, presente no art.927, parágrafo único do CC/2002⁵, prevê a reparação do dano independentemente de culpa, em casos específicos

¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. v.7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 32.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. v.4. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p.13.

⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2018. p.598.

⁵ BRASIL, op. cit. nota 1.

decorrentes de lei ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar em risco para os direitos de outros indivíduos, devido à sua natureza.

Ressalta-se que a relação existente entre paciente, médico e hospital, é uma relação de consumo e por isso devem ser observadas as disposições presentes no Código de Defesa do Consumidor. De acordo com os artigos 12, 13 e 14 do CDC⁶, a responsabilidade é objetiva, em regra, baseada na teoria do risco da atividade profissional, surgindo o dever de indenizar quando o fato decorrer da atividade ou profissão daquele que foi lesado. A exceção a essa regra é exatamente o fato de o médico responder pessoalmente e subjetivamente quanto for comprovada culpa em sua conduta, nos termos do art.14, §4º do CDC⁷.

Dessa mesma maneira, quando se tratar de hospital público, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, mas sim o art.37, §6º, da CRFB/88⁸, dispondo que “as pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra os responsáveis nos casos de dolo e culpa”. Assim, para que o hospital público ajuíze demanda em face do funcionário responsável por causar o dano, é necessário que seja comprovada culpa ou dolo, considerando sua responsabilidade subjetiva, diferentemente do que ocorre na demanda proposta pela vítima ou por seus familiares em face do hospital público, não sendo necessária prova de culpa ou dolo, pois a responsabilidade é objetiva.

Diante da análise e interpretação dos dispositivos presentes no CC, CDC e CRFB, e das várias classificações da responsabilização civil, o Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento no sentido de que a responsabilidade do hospital é objetiva e a responsabilidade do médico é subjetiva, inclusive em relação à morte decorrente de erro médico.

A Ministra Nancy Andrighi, relatora do Recurso Especial nº 1.621.375/RS⁹, julgado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, se manifestou a respeito desse tema, explicando que a responsabilidade civil do médico é diferente da responsabilidade do hospital nos casos de indenização, que enquanto os médicos têm responsabilidade subjetiva, de acordo com a culpa, os estabelecimentos respondem objetivamente, conforme os serviços prestados. Saliente ainda,

⁶ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: em 07 set. 2019.

⁷ BRASIL, op. cit. nota 6.

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 24 abr. 2019.

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.621.375*. Relatora Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76629851&numregistro=201602213760&data=20170926&tipo=51&formato=PDF>> Acesso em: 20 abr. 2019.



que os hospitais serão responsabilizados todas as vezes que o fato gerador for defeito do seu serviço, sendo de extrema importância o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

Cabe frisar que, nesse mesmo julgado, a relatora entendeu que a responsabilidade objetiva dos hospitais se limita aos serviços relacionados ao estabelecimento em si como a estadia do paciente, equipamentos e serviços auxiliares prestados, enquanto a responsabilização dos hospitais está relacionada à atuação dos médicos e profissionais liberais que ali se encontram, sendo necessária a demonstração de culpa por se tratar de uma responsabilização subjetiva.

O Ministro Luis Felipe Salomão resumiu brevemente algumas situações de responsabilização em casos de erro médico, no julgamento do Recurso Especial nº 1.145.728/MG¹⁰ pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quais sejam: (i) a responsabilidade será objetiva da instituição quando houver defeito do serviço prestado, limitando-se ao fornecimento de recursos humanos e materiais para prestação do serviço, (ii) a responsabilidade do hospital ficará afastada quando os médicos praticarem atos técnicos sem relação com o estabelecimento, e (iii) a responsabilidade será solidária entre hospital e médicos quando esses profissionais estiverem vinculados ao estabelecimento e for comprovada conduta culposa ou dolosa.

Cabe ressaltar, ainda, que a responsabilidade do médico ou profissional liberal pode ser excluída caso esteja presente culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior, fato de terceiro ou cláusula de não indenização, nos termos do art.393 do CC/2002¹¹. Também poderá ser afastada a ilicitude da conduta quando o agente estiver diante de legítima defesa ou no exercício regular de seu direito, de acordo com o disposto no art.188 do CC/2002¹².

Assim, diante da análise de doutrina, jurisprudência e legislação, entende-se que a responsabilidade do médico é subjetiva, devendo ser comprovada culpa na conduta que resulte em morte de paciente decorrente de erro médico, e que a responsabilidade do hospital é objetiva quando restar comprovada a falha ou defeito na prestação de serviço do estabelecimento.

Entretanto, essa responsabilidade objetiva dos hospitais não é absoluta, considerando que os profissionais liberais podem ou não ter vínculo com o estabelecimento. Quando possuírem vínculo, a responsabilidade do hospital e do médico será solidária, e quando o vínculo for inexistente, a responsabilidade do hospital restará afastada.

¹⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.145.728/MG*. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12370197&num_registro=200901182632&data=20110908&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 21 abr. 2019.

¹¹ BRASIL, op. cit. nota 1.

¹² Ibid.

2. A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES ENTRE PACIENTES E MÉDICOS

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, os hospitais e os médicos passaram a ser equiparados às prestadoras de serviços de saúde, motivo pelo qual a relação existente entre eles e os pacientes é considerada uma relação de consumo.

Os serviços prestados pelos médicos podem ser prestados de forma liberal ou empresarial. Os profissionais liberais têm sua responsabilidade prevista no art.14, §4º, do CDC¹³, de maneira que, entende-se necessária a comprovação de culpa para que eles sejam responsabilizados, ou seja, surgirá o dever de reparar os danos causados à vítima ou a seus familiares quando praticarem condutas dotadas de negligência, imprudência ou imperícia.

Assim como a Constituição Federal dispõe em seu art.5º, inciso X¹⁴, o Código de Ética Médica, em seu art.1º do Capítulo III¹⁵, veda a atuação do médico que possa causar dano ao paciente, por ação ou omissão caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência, de maneira que a responsabilidade será pessoal e não será presumida, sendo devida a reparação do dano quando comprovada culpa do profissional.

Em relação aos direitos básicos dos consumidores, o art.6º do CDC¹⁶ dispõe que será um direito do consumidor e um dever do prestador de serviço, o direito à informação clara, adequada e transparente sobre o serviço, englobando todas suas características e especificações, e sobre os riscos que poderão surgir, nos termos do art.6º, III e do art.8º, ambos do CDC¹⁷. A informação sobre os procedimentos e medicamentos, por exemplo, será importante para que o consentimento do paciente seja dado, evitando qualquer surpresa e ineficiência na prestação do serviço.

O médico poderá se resguardar em relação à prestação de informações ao paciente através da elaboração do termo de consentimento informado, assinado pelo paciente que demonstrará ciência das informações prestadas. Assim, o consentimento informado poderá afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à atividade, ressaltando determinados

¹³ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁵BRASIL. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_3.asp>. Acesso em: 06 set. 2019.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁷ Ibid.

limites, não podendo ser invocado para ocultar imprudência, por exemplo, de acordo com entendimento de Sérgio Cavalieri Filho¹⁸.

Em paralelo, o médico tem o dever de assistir seu paciente da melhor e mais adequada forma possível, provendo toda a assistência necessária para que os resultados dos tratamentos e procedimentos sejam atingidos e para que o serviço seja condizente com o que foi contratado e prometido. Caso o médico não preste assistência ao paciente, estará atuando com negligência, seja por atos omissivos ou por atos comissivos.

Conjuntamente com o dever de assistir, tem-se o dever de cuidado, considerando que os médicos são responsáveis não apenas pelos tratamentos dos pacientes, como também por sua continuidade, pela escolha e aplicação dos medicamentos e pelos laudos apresentados aos pacientes, de forma que o profissional agirá com imprudência caso esse dever não seja observado. Tal violação dos deveres de cuidado resultaria na configuração de ato ilícito, possibilitando a existência de responsabilização do médico pela prática de condutas caso haja dano.

De acordo com entendimento majoritário nos Tribunais Superiores¹⁹, nos casos de cirurgia plástica de natureza estética, a responsabilidade do médico será objetiva, pois resta configurada obrigação de resultado e não mais de meio, sendo essa uma exceção à responsabilização subjetiva de tais profissionais. Nos casos de obrigação de resultado, o médico garante o sucesso do procedimento, motivo pelo qual a responsabilização é objetiva, não sendo necessária a comprovação de culpa.

Apesar da responsabilidade que os médicos possuem em relação aos danos causados aos seus pacientes ser subjetiva e ter a necessidade de comprovação de culpa, é possível que o magistrado defira o pedido de inversão do ônus da prova, desde que estejam presentes os requisitos de hipossuficiência do consumidor e de verossimilhança de suas alegações, conforme dispõe o art.6º, VIII, do CDC²⁰.

Ademais, assim como o Código de Defesa do Consumidor apresenta diversos direitos e deveres de ambas as partes, médicos e pacientes, diante da existência de uma relação de consumo, alguns princípios também devem ser observados, presentes não apenas na Constituição Federal como também no Código de Defesa do Consumidor.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade médica e o dever de informar. *Revista da EMERJ*, v.7, n.28. 2004. p.87.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial n° 819.008/PR*. Relator Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23423432&num_registro=200600298640&data=20121029&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 09 set. 2019.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 6.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm entendimento pacificado no sentido de que “os princípios da boa-fé, cooperação, transparência e informação, devem ser observados pelos fornecedores, diretos ou indiretos, principais ou auxiliares, enfim todos aqueles que, para o consumidor, participem da cadeia de fornecimento”, como afirmou a Ministra Nancy Andrighi²¹.

O Código de Defesa do Consumidor passou a considerar o princípio da boa-fé objetiva como um dos princípios fundamentais nas relações de consumo, de maneira que seu conceito e sua aplicação englobam a lealdade, a transparência, a confiança, a cooperação e a probidade que devem existir em todas essas relações de consumo, sempre considerando a ética e a moral, nos termos do art.4º, III, do CDC²².

É importante salientar que, em algumas hipóteses, existe a possibilidade de exclusão da responsabilidade subjetiva do médico em relação aos seus pacientes, como por culpa exclusiva da vítima, por caso fortuito, por força maior ou por fato de terceiro, nos termos do art.14, §3º, do CDC²³. Nesses casos, os médicos não serão responsabilizados pelos danos causados, já que a situação fugiu de seu controle por fatores externos à sua vontade.

3. A SUBJETIVIDADE NA DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO NO ARBITRAMENTO DO DANO MORAL E A VARIAÇÃO DOS CRITÉRIOS UTILIZADOS

A conduta do agente que comete ato ilícito ou abuso de direito poderá resultar em diversos tipos de danos, como os materiais, os estéticos, os lucros cessantes e os morais, por exemplo.

Em relação aos danos morais, não haverá reparação caso sejam considerados mero aborrecimento da vida e rotina do indivíduo, sendo necessário que seja relevante e que fuja da normalidade.

A doutrina de Sérgio Cavalieri Filho²⁴ conceitua dano moral e corrobora o entendimento acima sobre o não cabimento de reparação de mero aborrecimento cotidiano, afirmando que:

só deve ser reputado como dano moral, a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar (...) O

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.725.092 – SP*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81264896&num_registro=201700590272&data=20180323&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2019.

²² BRASIL, op. cit., nota 6.

²³ Ibid.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.78.



mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Ressalta-se que a jurisprudência e a doutrina majoritária, como exemplo Sérgio Cavalieri Filho²⁵, vêm entendendo pela possibilidade de existência de dano moral *in re ipsa*, sendo entendido como o dano moral que decorre da própria conduta ofensiva, como no caso de morte de indivíduo por erro médico, não sendo necessário provar o sofrimento, porque ele decorre do próprio ato resultante da conduta do agente.

Diferentemente do dano material, o arbitramento do valor referente à indenização por danos morais é feito de forma subjetiva pelo magistrado, motivo pelo qual as quantias são tão diversas entre os tribunais brasileiros, considerando que não se adota o sistema tarifado que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, viola a Constituição Federal.

Em relação aos danos morais, destaca-se que o Ministro Luis Felipe Salomão²⁶ entende que a definição de indenização por tais danos seguirá um método bifásico. Primeiramente será analisado um valor básico para a indenização, levando em consideração o interesse jurídico lesado e tomando como base precedentes de casos semelhantes e, posteriormente, serão analisadas as circunstâncias de cada caso individualmente para fixação definitiva do valor da indenização. De acordo com o entendimento do ministro, esse método levaria à diminuição da utilização apenas dos critérios subjetivos do magistrado.

Dessa mesma maneira entendeu o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino no julgamento do Recurso Especial nº 959.780/ES²⁷, presente no Informativo nº 470 do STJ, procurando estabelecer critérios razoáveis e objetivos para o arbitramento dessa reparação.

Para minimizar a disparidade e a insegurança jurídica que essa livre arbitrariedade traz, o Superior Tribunal de Justiça adotou alguns critérios que serão levados em consideração quando for necessário valorar a reparação a título de danos morais.

Como o Superior Tribunal de Justiça entende que a quantia tem por objetivo atender a uma dupla função que se baseia tanto na reparação do dano sofrido pela vítima para minimizar

²⁵ Ibid. p.80.

²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Quarta Turma adota método bifásico para definição de indenização por danos morais*. Notícias. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-10-10_08-39_Quarta-Turma-adota-metodo-bifasico-para-definicao-de-indenizacao-por-danos-morais.aspx>. Acesso em: 20 set. 2019.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 959.780-ES*. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14539430&num_registro=200700554919&data=20110506&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 20 set. 2019.

seu sofrimento, como na punição do ofensor para evitar que o fato se repita, esse *quantum* deverá ser proporcional e razoável.

O Superior Tribunal de Justiça vem julgando pretensões relacionadas aos danos morais da mesma forma que o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino julgou o Recurso Especial nº 959.780-ES, se referindo aos critérios ditos anteriormente, dispondo que:

[...] consideram-se como elementos objetivos e subjetivos para a avaliação do dano a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano), a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente), a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima), a condição econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica).²⁸

Diante do primeiro critério relacionado à extensão do dano, deve ser observado o art. 944 do Código Civil²⁹ que dispõe que a indenização é medida por essa extensão do dano, ou seja, deve-se considerar a dimensão da lesão, a gravidade do dano, o período de duração do dano, bem como se houve repercussão social do dano causado. Como o maior bem jurídico a ser tutelado é a vida, entende-se que a morte é a lesão mais grave que pode atingir o indivíduo.

Posteriormente, analisa-se o grau de culpa do agente, de maneira que se a lesão for leve, o *quantum* arbitrado será proporcionalmente menor do que se o dano for grave ou gravíssimo. O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que se houver dolo ou elevado grau de culpa, tendo o agente condutas extremamente imprudentes, negligentes ou imperitas, a indenização deverá ser maior do que uma mera conduta culposa, a fim de punir o agente pelos danos causados à vítima.

Será verificada a eventual participação culposa do ofendido, de maneira que se ficar comprovada a culpa concorrente da vítima, o valor da indenização não será afastado, mas será reduzido, nos termos do art.945 do Código Civil³⁰, sempre buscando a maneira mais justa de resolver os conflitos e fixar uma quantia para os danos causados.

Em relação à condição econômica do agente causador do dano, a jurisprudência aplica indenizações mais elevadas àqueles que possuem alta capacidade econômica, assim como aqueles que possuem baixa condição econômica tendem a serem condenados a menores condenações. Nesse critério também fica explícita a função punitiva da indenização e evita qualquer tipo de enriquecimento ilícito.

²⁸ Ibid.

²⁹ BRASIL. op. cit., nota 1.

³⁰ Ibid.



As condições pessoais da vítima também irão influenciar na valoração da indenização por danos morais, podendo o magistrado elevar a condenação quando a vítima tiver relevante posição social ou política.

Utilizando os critérios acima expostos, busca-se uma maior segurança jurídica na quantificação da indenização por danos morais, devendo ser respeitada a boa-fé, a razoabilidade, a proporcionalidade para que a decisão seja a mais justa e adequada possível e para que não haja enriquecimento ilícito do ofendido, assim como também se deve evitar o enriquecimento ilícito do ofensor, como dito anteriormente.

Mesmo com a observância de princípios e de critérios mais objetivos, é necessário usar como parâmetro a jurisprudência do órgão julgador e dos tribunais superiores, a fim de uniformizar a quantificação do valor dos danos morais em casos análogos, sempre buscando uma maior segurança jurídica para que as partes não sejam surpreendidas com decisões muito discrepantes em casos semelhantes.

Em demandas indenizatórias relacionadas à morte por erro médico, em 2002, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o valor de 300 salários mínimos era proporcional e razoável, motivo pelo qual o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira afirmou que “o valor equivalente a 300 (trezentos) salários mínimos mostra-se razoável e moderado, a contar sobretudo a negligência dos médicos e o sofrimento pela perda de um filho recém-nascido em decorrência do parto”³¹, bem como a Quarta Turma do STJ firmou entendimento no sentido de que “ao julgar questão atinente ao pagamento de indenização por danos morais, decorrentes de morte por negligência médica, entendeu ser razoável sua fixação no montante de 300 (trezentos) salários mínimos”³².

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o AgInt no REsp nº 1653046/DF, sob a relatoria do Ministro Marco Buzzi da Quarta Turma (DJe 28/05/2018), afirmou que “a Corte Superior tem admitido a condenação em valor equivalente a até 500 salários mínimos em caso de morte de parente”³³, bem como fixou, nesse caso, a quantia de 200 salários mínimos para morte resultante de infecção hospitalar contraída por negligência médica.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 402.874/SP*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=20082&num_registro=200200012557&data=20020701&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2019.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 371.935*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=884911&num_registro=200101586756&data=20031013&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2019.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1653046/DF*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82651029&num_registro=201603232368&data=20180528&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2019.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível verificar que a CRFB/88 em seu art.5º, inciso X, dispõe que é direito fundamental dos indivíduos a reparação pelos danos e prejuízos causados a ele, surgindo diversas controvérsias quanto aos critérios utilizados para o arbitramento dessa indenização, a fim de fixar um valor proporcional e razoável de indenização. Ademais, esse dever de indenizar também encontra respaldo no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

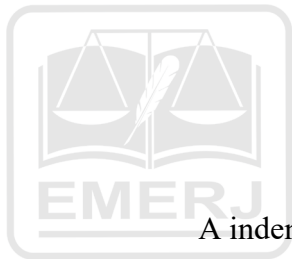
Analisando os casos de morte por erro médico, surge a discussão em relação à responsabilização tanto dos médicos quanto dos hospitais, de maneira que o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que a responsabilidade do hospital é objetiva, quando ficar comprovada falha ou defeito na prestação do servido do estabelecimento, e que a responsabilidade do médico é subjetiva, devendo ser comprovado dolo ou culpa, nos termos do art.14, §4º, do CDC, salvo nos casos de cirurgia plástica que o STJ entendeu que por se tratar de obrigação de resultado, a responsabilidade do médico será objetiva.

Ainda que haja culpa do médico, essa responsabilização poderá ser afastada nos casos de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior, fato de terceiro, consentimento informado do paciente, legítima defesa ou exercício regular de seu direito, através de uma leitura em conjunto do CC/2002 e do CDC.

Ressalta-se que o CDC será aplicado, pois estamos diante de uma relação de consumo, já que médicos e hospitais são equiparados às prestadoras de serviços de saúde. Dito isso, o consumidor possui diversos direitos básicos que por consequência são deveres do prestador de serviço, como o direito à informação clara, adequada e transparente sobre os serviços, o direito à assistência, o dever de cuidado, o dever de boa-fé e de cooperação.

Após a etapa de análise da existência de responsabilização, deverá ser fixado o *quantum* de indenização devida à vítima ou a seus familiares, como nos casos de morte de paciente por erro médico. A fixação da indenização sempre foi assunto polêmico, considerando que o CC, o CDC e a CRFB não fixam os limites e nem os critérios para seu arbitramento.

Como cada caso deve ser analisado separadamente e de acordo com suas particularidades, foi necessário que a jurisprudência fixasse critérios para o arbitramento da indenização a título de danos morais para que diminuísse a utilização apenas dos critérios subjetivos do magistrado. Assim, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu critérios razoáveis de objetivos para a fixação do valor devido dos danos morais, a fim de minimizar o dano sofrido pela vítima e punir o ofensor.



A indenização deverá observar os critérios de extensão do dano, a gravidade do fato, as consequências desse fato para a vítima e/ou seus familiares, período de duração do dano, repercussão geral ou social do dano, grau de culpa do agente, eventual participação culposa da vítima, condição econômica do agente do dano e condições pessoais da vítima.

Tomando como parâmetro esses critérios objetivos fixados pela jurisprudência dos tribunais superiores, verifica-se ser possível a uniformização da quantificação do valor dos danos morais em casos semelhantes entre si, buscando uma maior segurança jurídica.

Dito isso, a fim de diminuir a subjetividade na discricionariedade dos magistrados quanto ao valor devido a título de indenização por danos morais e diante da ausência de dispositivos legais para tal arbitramento, o STJ vem aplicando desde 2002 a quantia de aproximadamente 300 salários mínimos para os casos de morte resultantes de erro médico.

Recentemente, foi julgado caso semelhante que fixou os danos morais em 200 salários mínimos, bem como a Corte Superior passou a entender ser razoável a condenação em valor equivalente a até 500 salários mínimos em caso de morte de parente, não necessariamente por erro médico, sendo analisado cada caso separadamente. Assim, conclui-se que os tribunais brasileiros devem levar em consideração os parâmetros adotados pelo Superior Tribunal de Justiça para quantificar o dano moral.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 07 set. 2019.

_____. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp>. Acesso em: 06 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Quarta Turma adota método bifásico para definição de indenização por danos morais*. Notícia. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-10-10_08-39_Quarta-Turma-adota-metodo-bifasico-para-definicao-de-indenizacao-por-danos-morais.aspx>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 371.935*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=884911&num_registro=200101586756&data=20031013&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 402.874/SP*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencia1=20082&num_registro=200200012557&data=20020701&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 819.008/PR*. Relator Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23423432&num_registro=200600298640&data=20121029&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 09 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 959.780-ES*. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14539430&num_registro=200700554919&data=20110506&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.145.728/MG*. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12370197&num_registro=200901182632&data=20110908&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 21 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.621.375*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76629851&num_registro=201602213760&data=20170926&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 20 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1653046/DF*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82651029&num_registro=201603232368&data=20180528&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.725.092/SP*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81264896&num_registro=201700590272&data=20180323&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade médica e o dever de informar. *Revista da EMERJ*, v.7, n.28. 2004.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. v.7. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2018.



VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. v.4. 3.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

A FORÇA VINCULANTE E A RELEVÂNCIA DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS NA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA SEGURANÇA JURÍDICA

Arthur Souza Quintanilha da Silva

Graduado pela Universidade Veiga de Almeida. Advogado.

Resumo – a teoria dos precedentes ganhou papel extremamente importante na vigência do Código de Processo Civil, o que aproxima o sistema brasileiro ao sistema da *common law* e traz segurança aos jurisdicionados. Na esfera administrativa, a teoria surge como uma forma de garantir aos administrados a observância dos princípios da isonomia e segurança jurídica das relações, ao vincular a Administração Pública aos seus próprios precedentes. Neste trabalho, é feita uma análise geral do sistema dos precedentes trazidos pelo Código de Processo Civil e como sua aplicação pode ocorrer no âmbito administrativo, tendo em vista a insegurança que por muitas das vezes os administrados se deparam. O objetivo é demonstrar que a aplicação da teoria dos precedentes é um importante mecanismo para a aplicação dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia, os quais devem pautar a atuação da Administração Pública. Como forma de afastar eventuais discussões quanto à autônoma da Administração, são apresentados instrumentos que possibilitam a superação ou a distinção dos precedentes no caso apresentado ao administrador, de modo que a teoria seja aplicada de maneira efetiva e em consonância com a CRFB/88.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Precedentes Administrativos. Princípios Administrativos. Isonomia. Segurança Jurídica.

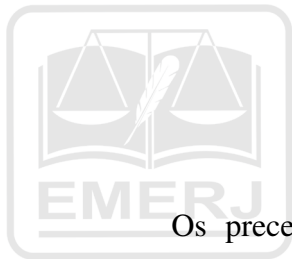
Sumário – Introdução. 1. A teoria dos precedentes do Código de Processo Civil: aplicação dos precedentes no âmbito administrativo. 2. Vinculação da Administração Pública aos seus próprios precedentes. 3. Aspectos práticos na (in)observância da teoria dos precedentes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância da aplicação da teoria dos precedentes em âmbito do Direito Administrativo, de modo a garantir aos administrados a observância dos princípios da segurança jurídica e isonomia, sempre pautados na legalidade administrativa.

Estaria a Administração Pública obrigada a observar os precedentes judiciais? Estaria a Administração vinculada aos precedentes por ela mesma produzidos?

A teoria dos precedentes tem papel fundamental na vigência do Novo CPC, o qual passou a prever a possibilidade solução não litigiosa dos conflitos, com fundamento na economia processual, reduzindo assim as demandas judiciais que sobrecarregam o Poder Judiciário.



Os precedentes dão seguimento a este pensamento, possibilitando que os litígios administrativos sejam resolvidos sem necessidade de manifestação do Poder Judiciário. Por essa razão, verifica-se o papel importante da teoria dos precedentes ao Direito Administrativo, que tem como função primordial a busca pelo interesse público.

No primeiro capítulo tratará da teoria dos precedentes propriamente dita, traçando de forma reduzida seu conceito, aplicação e fundamentos, conforme previsão no NCPC. Com base nessa conceituação será possível verificar sua aplicação no Direito Administrativo.

Já no segundo capítulo, será demonstrado como os precedentes funcionam como mecanismo de observância dos princípios da segurança jurídica e isonomia em âmbito administrativo, de modo que o princípio da legalidade não seja empecilho para sua aplicação.

No terceiro e último capítulo, será apresentada a forma como os precedentes influenciam na busca pelo interesse público, princípio basilar do Direito Administrativo e norteador de toda a administração pública.

O trabalho se fundamenta em ampla pesquisa de um dos assuntos mais atuais do Direito Administrativo, seguindo uma linha mais moderna de pensamento. A teoria dos precedentes terá papel fundamental na relação administração-administrado, sendo meio eficaz na solução de litígios.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dialético, visto que o pesquisador apresenta posicionamentos doutrinários contrapostos sobre a possibilidade de aplicação da teoria dos precedentes ao Direito Administrativo, fundamentando sua conclusão por meio dos posicionamentos apresentados.

1. A TEORIA DOS PRECEDENTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Uma das maiores novidades do CPC/15 foi a positivação da teoria dos precedentes, com influência do sistema do *common law*, como ocorre no judiciário norte-americano e inglês.

A teoria dos precedentes vem consagrada nos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil¹, determinando que os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a íntegra, estável e coerente.

¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

Além da uniformização pelos próprios tribunais, o CPC estabelece também que os juízes deverão observar a jurisprudência do próprio tribunal, bem como dos tribunais superiores, salvo nos casos excepcionados pelo próprio código, como é o caso da superação, chamada de *overruling*², de um determinado precedente.

Essa aplicação vai ao encontro do princípio de que toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, tendo em vista que os magistrados deverão contextualizar o caso apresentado, devendo decidir de acordo com a jurisprudência em casos semelhantes.

Fica clara, portanto, a proposta do legislador ao adotar a teoria dos precedentes como forma de observância dos princípios da segurança jurídica e isonomia, evitando que os jurisdicionados sejam surpreendidos quando acionam a máquina judiciária.

Conforme conceito dado por Alexandre Freitas Câmara³, “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.”

Deve-se destacar que nem todos os argumentos trazidos na decisão anterior vão fundamentar a decisão posterior. O que vai vincular a atuação dos julgadores será o chamado *ratio decidendi*, ou seja, os fundamentos determinantes da decisão.

Essa é a principal mudança trazidas pelo Código de Processo Civil: “as decisões não poderão somente aplicar enunciados das súmulas e as conclusões das decisões judiciais anteriores no momento da solução de casos semelhantes”, conforme ensinamento de Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁴.

Há necessidade de que o magistrado demonstre, no caso concreto, que o fato se assemelha ou se distingue dos fatos da decisão anterior, de modo a decidir pela aplicação ou não do precedente.

Assim, diante importância da teoria dos precedentes trazida pelo Código de Processo Civil, verifica-se a possibilidade de sua aplicação no Direito Administrativo, em especial pelas particularidades desse ramo do direito.

Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁵:

² “A superação (muito conhecida pela designação inglesa *overruling*) evita o engessamento do Direito e reconhece que os precedentes são criados a partir de certas circunstâncias fáticas e jurídicas que precisam permanecer presentes para que possam eles continuar a ser aplicados”. CÂMARA, Alexandre Freitas; *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 444.

³ *Ibid.*, p. 431-432.

⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 87.

⁵ *Ibid.*, p. 95.



o precedente administrativo pode ser conceituado como a norma jurídica retirada de decisão administrativa anterior, válida e de acordo com o interesse público, que, após decidir determinado caso concreto, deve ser observada em casos futuros e semelhantes pela Administração Pública.

Tal conceituação faz concluir que a teoria dos precedentes pode ser adaptada ao Direito Administrativo, dando maior segurança jurídica aos administrados quando necessitam de uma decisão nessa esfera.

Além da segurança jurídica, os precedentes administrativos possibilitam o tratamento isonômico aos administrados, tendo em vista que casos semelhantes serão tratados da mesma forma, independentemente da pessoa interessada.

Sua aplicação está em consonância com a judicialização dos processos administrativos, de modo que tais procedimentos tendem a observar cada vez mais os princípios inerentes aos processos judiciais, como o contraditório e ampla defesa, dentre outros direitos fundamentais.

Como bem observa Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁶, a teoria dos precedentes administrativos, no entanto, não pode ser aplicada de forma indistinta no Brasil, sendo indispensável a observância de suas particularidades.

Dentre elas, destaca-se que o Brasil adota a unidade de jurisdição, diferente de outros países que adotam a dualidade, na qual há uma espécie de ‘juiz administrativo’ que não se encontra vinculado à Administração Pública.

A teoria apresentada pelo Código de Processo Civil, portanto, deve ser compatibilizada com o sistema brasileiro e todas as suas peculiaridades.

Como se sabe, a atividade administrativa deve ser pautada nos princípios elencados de forma explícita no art. 37, CRFB⁷ e outros princípios implícitos na própria Constituição e outras leis do ordenamento.

A observância desses princípios tem como objetivo alcançar o interesse coletivo, o que determina toda a atuação da Administração Pública. Dentre os princípios, destaca-se a segurança jurídica e a isonomia, que podem ser atingidos com a aplicação da teoria dos precedentes no âmbito administrativo.

Os precedentes administrativos aplicados de forma correta trazem segurança aos administrados, evitando que casos semelhantes sejam solucionados de formas diversas, o que se compatibiliza com o princípio da não surpresa.

⁶ Ibid., p. 99.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

Como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸, o fato de a administração possuir discricionariedade na sua atividade em nada interfere na aplicação dos precedentes, tendo em vista que tal instituto não é absoluto, havendo em alguns casos uma vinculação da atividade administrativa.

A decisão administrativa deve ser vinculada às suas próprias decisões anteriores, mantendo uma coerência e evitando que os administrados sejam surpreendidos com decisões conflitantes.

A discricionariedade não deve se sobrepor aos princípios basilares do direito administrativo, pois, dessa forma acarretaria numa subversão de valores nesse ramo do direito, cuja atividade deve encontrar respaldo em princípios constitucionais.

É possível sustentar a aplicação da teoria dos precedentes administrativos em dispositivos esparsos no nosso ordenamento. Dentre os dispositivos, pode-se citar o próprio Código de Processo Civil, conforme seu art. 15, que determina sua aplicação de forma subsidiária aos processos administrativos.

Legislações como a Lei nº 9.784/99⁹ também possibilitam fundamentar a teoria dos precedentes em âmbito administrativo, em especial por seus artigos 2º, parágrafo único, XIII e 50, VII¹⁰.

Portanto, embora diante da peculiaridade do sistema administrativo brasileiro, verifica-se a possibilidade de utilização da teoria dos precedentes trazida pelo NCPC como forma de proteção aos direitos fundamentais e observância dos princípios administrativos, proporcionando maior segurança à sociedade e dando tratamento isonômico a casos semelhantes levados à Administração Pública.

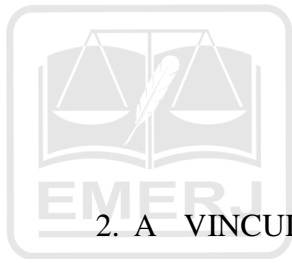
A aplicação do instituto dos precedentes no âmbito administrativo vai ao encontro dos seus princípios explícitos e implícitos na CRFB, em especial a segurança jurídica e isonomia na sua atividade.

Tais princípios são basilares na manutenção do Estado Democrático de Direito, de modo que os administrados possam ter a confiança de que a atuação da Administração Pública será voltada na busca do interesse público.

⁸ “E a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

⁹ BRASIL. *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

¹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova LINDB e a incorporação da teoria dos precedentes administrativos ao país*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/opinao-lindb-teoria-precedentes-administrativos>>. Acesso em 11 mar. 2019.



2. A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS SEUS PRÓPRIOS PRECEDENTES

Como bem nos ensina Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, a Administração Pública pode sofrer tanto uma vinculação externa, quanto interna, a depende da origem do ato¹¹.

A vinculação externa mostra-se evidente no nosso ordenamento, tendo em vista a aplicação do princípio da legalidade que rege toda a Administração Pública, cabendo ela própria anular seus atos ilegais, que também poderão ser anulados pelo Poder Judiciário.

Em contrapartida, a vinculação interna não se faz tão presente na atuação da Administração Pública, que muitas das vezes acaba decidindo de forma distinta em casos semelhantes, violando assim o princípio da segurança jurídica e da isonomia.

Ao aplicar a vinculação interna (autovinculação) em seus atos, a Administração passa a gerar confiança aos administrados, proporcionando-lhes uma atuação racional e evitando arbitrariedades.

Essa atuação vinculada aos seus próprios precedentes não engessa a atuação da Administração, tendo em vista que, como já citado, os precedentes podem ser alterados pelo uso de algumas técnicas, como é o caso do *distinguishing* (distinção) e *overruling* (superação).

Nada impede que determinado precedente deixe de ser aplicado em determinado caso, desde que as partes envolvidas façam distinção do caso com o precedente aplicável¹² ou demonstre que tal precedente já se encontra superado pela mudança do panorama social, econômico ou jurídico¹³.

Deve-se destacar, ainda, que nem todos os precedentes terão força vinculante sobre a atuação da Administração. Em algumas hipóteses, o caso decidido anteriormente apenas deverá ser levado em consideração para a decisão do caso sob julgamento, garantindo assim a observância da racionalidade das decisões administrativas.

Em aprofundado ensinamento, Rafael Carvalho Rezende Oliveira traz alguns atos que poderão ser utilizados como precedentes no Direito Administrativo em geral: a praxe administrativa; os costumes; a teoria dos atos próprios; analogia¹⁴.

¹¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 102.

¹² DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2016., p. 1305.

¹³ Ibid., p. 1306

¹⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 118-125.

Quanto aos costumes, Hely Lopes Meirelles¹⁵ já ressaltava, em suas obras, a sua importância na atividade administrativa:

No Direito Administrativo Brasileiro, o costume exerce ainda influência, em razão da deficiência da legislação. A prática administrativa vem suprindo o texto escrito, e, sedimentada na consciência dos administradores e administrados, a praxe burocrática passa a suprir a lei, ou atua como elemento informativo da doutrina.

Assim, por exemplo, aquelas condutas que normalmente são praticadas de acordo com cada município deverão ser aplicadas de forma continuada em casos semelhantes, considerando que tais condutas geram uma expectativa aos administrados.

A mudança abrupta de condutas normalmente praticadas acarreta em uma surpresa, o que vai de encontro à segurança jurídica que rege a Administração Pública. Da mesma forma, se determinados atos são praticados de uma maneira não devem simplesmente ser alterados inesperadamente, pois, tal mudança causaria incerteza a todos os interessados.

Fica, portanto, evidente a importância do papel dos precedentes como forma de vinculação dos atos administrativos, possibilitando uma relação harmônica e proporcionando segurança jurídica entre Administração e administrados.

A autovinculação não retira da Administração a discricionariedade na prática de seus atos. O que se veda são as arbitrariedades que eventualmente são praticadas, que acarretam na sobrecarga da própria Administração e do Poder Judiciário com demandas litigiosas.

Não se trata de limitação do poder de decisão na esfera administrativa, mas sim uma forma de conter ilegalidades e harmonizar a relação existente entre administrados e Administração.

Então, também como modo de evitar arbitrariedades, para a aplicação da teoria dos precedentes do Direito Administrativo há necessidade de observância de alguns requisitos, mais uma vez pautado no princípio da legalidade, cuja previsão é feita pela CRFB.

Mais uma vez citando a obra de Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹⁶, para aplicação da teoria dos precedentes de forma regular 04 requisitos devem ser cumpridos: identidade subjetiva; identidade objetiva; legalidade do precedente e; inexistência de justificativa relevante e motivada para alteração do precedente.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. atual até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 50.

¹⁶ *Ibid.*, p. 125-126.



Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹⁷, os precedentes devem ser aplicados em relação ao próprio ente ou entidade administrativa, em razão da autonomia administrativa existente entre os entes da federação. Assim, um ente não será obrigado a aplicar o precedente de outro, mas nada impede que sirva de fundamento persuasivo.

Ainda, quanto a identidade objetiva, entende-se que a Administração deverá aplicar a *ratio decidendi* do precedente ao caso em análise, de modo a manter a segurança jurídica e isonomia de seus atos¹⁸.

Não menos importante, o requisito da legalidade pressupõe que os precedentes que serão utilizados no âmbito administrativo devem ter observado todo o ordenamento jurídico, de forma sistemática¹⁹.

À essa análise sistemática dá-se o nome de juridicidade²⁰:

Em relação ao controle jurisdicional dos atos administrativos, já não se utiliza tanto a expressão “controle de mérito”, mas sim “controle de juridicidade”, justamente porque o Direito Administrativo contemporâneo entende que esses atos devem ser analisados conforme todo o Direito, em respeito ao interesse público, de modo a transcender, mas não excluir, a mera legalidade formal.

O último requisito para dar validade ao precedente é o da inexistência de justificativa relevante e motivada para alteração do precedente. Aqui, ocorre a utilização de técnicas para afastamento do precedente, diante de sua comparação com o caso concreto.

Ao se deparar com um caso, a Administração deverá aplicar o precedente caso seja semelhante ao seu precedente. Caso contrário, havendo distinção ou superação, terá a prerrogativa de não o aplicar ao caso em análise, devendo demonstrar seus fundamentos, em observância da motivação dos atos administrativos.

Diante da inexistência da distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*), surge o dever de aplicação do precedente, dando segurança jurídica ao administrado e respeitando o princípio da isonomia, aplicando a mesma decisão a casos semelhantes²¹.

Fica claro que a aplicação da teoria dos precedentes também possui algumas limitações quanto à sua aplicação no âmbito da Administração Pública, pois, há necessidade de controle para evitar eventuais irregularidades.

¹⁷ Ibid., p. 126.

¹⁸ Ibid., p. 129.

¹⁹ Ibid., p. 130.

²⁰ MORAES apud PEREIRA, Aline Carvalho; FERREIRA, Fernanda Macedo. Vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais: uma análise do papel da advocacia pública na efetivação de direitos fundamentais. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 367-380, 2015.

²¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 131.

Esse controle protege ainda mais os interesses dos administrados e da própria Administração, tendo em vista que retirará a sobrecarga que ocorre em relação aos procedimentos administrativos litigiosos.

Aplicar de forma regular os precedentes administrativos significa harmonizar as relações jurídicas que neles se inserem, o que vai ao encontro dos princípios constitucionais como a legalidade, a segurança jurídica e a isonomia.

Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas²², “É passada a hora de todas as esferas com poder decisório, nos termos da lei, a judicial, controladora e administrativa tomarem a sério suas decisões, evitem o casuísmo e o randomismo decisório [...]”.

O pensamento demonstra a necessidade de inserção da teoria dos precedentes no Direito Administrativo, diante dos benefícios que o instituto traria à resolução de litígios, bem como sua força na observância de princípios constitucionais.

Para firmar o entendimento, alguns textos normativos já preveem a aplicação da teoria dos precedentes pela Administração Pública, como é o caso da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²³, em seu art. 30 e parágrafo único:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

É o que estabelece, também, o art. 19 do Decreto Federal nº 9.830/19²⁴:

Art. 19. As autoridades públicas atuarão com vistas a aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de normas complementares, orientações normativas, súmulas, enunciados e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput terão caráter vinculante em relação ao órgão ou à entidade da administração pública a que se destinarem, até ulterior revisão.

Tais instrumentos mostram que o direito brasileiro vem evoluindo no sentido da aplicação dos precedentes na esfera administrativa, de modo a compatibilizar a aplicação dos princípios constitucionais e a efetiva atividade administrativa.

²² MARQUES NETO; FREITAS, op. cit., nota 10.

²³ BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 out. 2019.

²⁴ BRASIL. *Decreto Federal nº 9.830*, de 10 de junho de 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 16 out. 2019.

Ainda, a textualização possibilita o afastamento da tese de que a teoria dos precedentes não teria aplicação no Direito Administrativo, sob o fundamento de que a Administração só estaria obrigada a fazer aquilo que a lei ordena, reforçando ainda mais os argumentos daqueles que defendem pela observância dos precedentes administrativos.

3. ASPECTOS PRÁTICOS NA (IN)OBSERVÂNCIA DA TEORIA DOS PRECEDENTES

Como já exposto no presente trabalho, os precedentes judiciais e administrativos têm como principal objetivo dar segurança às relações jurídicas em sociedade, garantindo aos jurisdicionados e administrados que a atuação do Poder Judiciário e da Administração Pública será conforme aquela à qual se espera.

Essa observância dos precedentes tem papel crucial na aplicação dos princípios da Administração, previstos no art. 37, CRFB²⁵, em especial os da igualdade – isonomia – proteção da confiança legítima e eficiência.

Assim, a sociedade será capaz de saber de antemão qual será a provável atuação da Administração diante de um caso que lhe é apresentado, o que possibilita praticar os atos da vida em coletividade com a certeza de que não estará praticado atos ilegais.

É esse o entendimento de Alexandre Câmara²⁶, como bem ensina:

Decidir com base em precedentes é uma forma de assegurar o respeito a uma série de princípios constitucionais formadores do modelo constitucional de processo brasileiro. O sistema brasileiro de precedentes judiciais busca assegurar, precipuamente, isonomia e segurança jurídica. É que, como se poderá ver ao longo desta exposição, o direito processual civil brasileiro conhece dois tipos de precedentes (os *vinculantes* e os *não vinculantes*, também chamados de persuasivos ou argumentativos). E os da primeira espécie – evidentemente os mais importantes na construção do sistema – destinam-se a garantir que casos iguais recebem respostas jurídicas iguais (isonomia), o que confere previsibilidade às decisões judiciais (segurança jurídica).

Do mesmo pensamento comunga Elpídio Donizetti²⁷:

A igualdade, a coerência, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais constituem as principais justificativas para a adoção do sistema do *stare decisis*. Se por um lado não se pode negar a quebra dos princípios acima arrolados pelo fato de que situações juridicamente idênticas sejam julgadas de maneira distintas pelos órgãos de um mesmo tribunal, também não se pode fechar os olhos à constatação de que também a pura e simples adoção do precedente e principalmente

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁶ CÂMARA, op. cit., p. 432.

²⁷ DONIZETTI, op. cit., p. 1302.

a abrupta mudança da orientação jurisprudencial é capaz de causar grave insegurança jurídica.

Fica claro que a aplicação dos precedentes na esfera administrativa trará benefícios não só aos administrados, mas também à própria Administração, tendo em vista que ao aplicar esses entendimentos fará com que os procedimentos administrativos sejam julgados com maior celeridade, facilitando a atuação de seus agentes.

Ademais, a provável atuação da Administração diante de um fato fará com que os administrados até mesmo deixem que provocá-la para obter uma decisão, podendo resolver conflitos, por exemplo, por meio de acordos particulares, diminuindo ainda mais o trabalho da Administração Pública.

A crítica que se faz quanto ao engessamento dos órgãos decisórios não merece prosperar, assim como a suposta retirada de independência decisória. Como bem demonstrados, os mecanismos de *distinguishing* e *overruling* possibilitam que os precedentes sejam afastados diante de um caso distinto, ou até mesmo que tenha sido superado, tornando possível a sua não aplicação sem ferir a isonomia e a segurança jurídica.

O que se torna vedado à Administração é a inobservância dos precedentes de forma arbitrária, ou seja, sem demonstrar sua superação ou distinção do caso que lhe foi apresentado.

Diante dessas situações, Rafael Carvalho Rezende Oliveira²⁸ traz algumas consequência que poderão ocorrer: a) a invalidade do ato administrativo que violou o precedente sem motivação; b) a responsabilidade civil da Administração, com pagamento de indenização.

A inobservância do precedente administrativo faz com que o ato que o viola se torne um ato ilegal, cabendo a anulação pela própria Administração – princípio da autotutela – ou pelo próprio Poder Judiciário, com fundamento no art. 5º, XXXV, CRFB.

Ainda, diante da ilegalidade do ato, surge ao administrado a prerrogativa de ser ressarcido por eventuais danos por parte da Administração, desde que comprovadamente demonstrados.

Tal dever tem como fundamento a responsabilidade civil do Estado, que possui base constitucional no art. 37, §6º, CRFB. Cumpridos os requisitos da responsabilidade civil, caberá à Administração indenizar aquele que sofreu danos com a violação do precedente, tendo em vista que esse ato fere o ordenamento jurídico.

²⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 141-143.



Mais uma vez, ao respeitar seus próprios precedentes, a Administração Pública estará respeitando todo o ordenamento jurídico, em especial o princípio da legalidade, o qual deve pautar sua atuação, tendo em vista que modificar de forma abrupta seu entendimento sobre determinada matéria pode acarretar em danos em face dos administrados.

Como forma de manter a observância dos seus próprios precedentes e dos precedentes judiciais, a advocacia pública surge com papel extremamente relevante, por ser o órgão responsável por manter de forma preventiva e/ou repressiva a juridicidade dos atos estatais, como observa Rafael Carvalho Rezende Oliveira²⁹.

Em seu trabalho, Aline Carvalho Pereira e Fernanda Macedo Ferreira³⁰ seguem essa mesma linha de entendimento:

Em síntese, muito se simplificaria no cotidiano da Administração Pública e do administrado, caso os conflitos surgidos entre um e outro fossem resolvidos de maneira eficiente: com o menor tempo, o menor custo e o menor dano aos envolvidos. O debate colocado nas entidades de representação estatal e o abandono do rígido formalismo, na prática, têm melhorado significativamente a atuação da advocacia pública brasileira. No entanto, as demais propostas defendidas na pesquisa ainda são de extremo valor na busca de um desenvolvimento institucional e, conseqüentemente, na efetivação dos direitos fundamentais.

Ao analisar um caso concreto que chegue à Administração e que já haja um precedente sobre a matéria, seria possível que o próprio órgão de representação judicial, portanto, determinasse a observância daquele precedente administrativo, dando maior celeridade para a resolução dos conflitos.

Essa atuação desencadearia na efetividade dos atos administrativos e na imensa economia em prol da Administração Pública, tendo em vista os atos judiciais geram imensos gastos aos cofres públicos.

Por essas razões, mas não as esgotando, a aplicação dos precedentes administrativos, se aplicado da forma devida, tende a facilitar a atuação da Administração para com os administrados, dando efetividade e eficiência em seu poder decisório.

Com bem observam Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas³¹ em seu artigo:

É passada a hora de todas as esferas com poder decisório, nos termos da lei, a judicial, controladora e administrativa tomarem a sério suas decisões, evitarem o casuísmo e o randomismo decisório e, assim, poderem sinalizar ao cidadão quais as

²⁹ Ibid., p. 161.

³⁰ PEREIRA; FERREIRA, op. cit., p. 377.

³¹ MARQUES NETO; FREITAS, op. cit., nota 10.

condutas e parâmetros decisórios a seguir. Isso em si já será um enorme ganho em termos de segurança jurídica.

O pensamento vai ao encontro do que nos ensina Rafael Carvalho Rezende Oliveira³² que, em sua brilhante obra, impulsiona a discussão da aplicação dos precedentes administrativos no direito brasileiro, “de modo a garantir a efetividade dos princípios da igualdade, da segurança jurídica, da boa-fé, da proteção da confiança legítima, da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficiência.”

CONCLUSÃO

Este trabalho demonstrou a importância da aplicação da teoria dos precedentes na esfera da Administração Pública, de modo que sua atuação deve estar vinculada não só aos precedentes judiciais, mas também às suas próprias decisões.

Embora a teoria dos precedentes fosse conhecida há alguns anos, foi textualizada somente com a edição do Código de Processo Civil, com objetivo de evitar decisões surpresas e arbitrárias, garantindo assim a segurança e a expectativa gerada sobre o poder decisório.

Pensa-se que essa teoria aproxima o ordenamento brasileiro ao sistema da *common law*. No entanto, é possível verificar, ainda, algumas distinções, especialmente no que diz respeito às decisões que servirão ou não como precedentes.

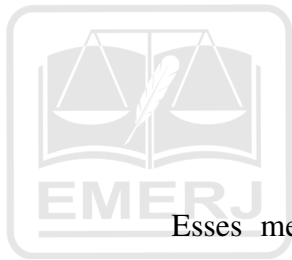
Num primeiro momento, foi apresentada de forma sintetizada o que seria a teoria dos precedentes e como sua aplicação é feita pelo Código de Processo Civil. Dessa forma, é possível observar que, pelo ordenamento brasileiro, não será qualquer decisão que será um precedente, tendo em vista que coube à própria legislação predeterminá-los.

Ademais, é importante destacar que não será qualquer parte da decisão que servirá como precedente para decisões futuras, mas apenas seus fundamentos relevantes, cabendo ao julgador estabelecer as semelhanças e distinções entre os casos que lhe são apresentados.

Como qualquer novidade, a teoria dos precedentes ainda encontra alguns fundamentos contrários, como, por exemplo, que sua aplicação retira do julgador a possibilidade de decidir conforme o seu livre convencimento e independência.

Em contrapartida, o trabalho demonstra que tais pensamentos podem ser afastados diante de mecanismos que a própria lei traz para que os precedentes não sejam aplicados de forma arbitrária, como é o caso do *distinguishing* e do *overruling*.

³² OLIVEIRA, op. cit., p. 166.



Esses mecanismos possibilitam que os precedentes não sejam aplicados a todo e qualquer caso, cabendo ao julgador apresentar distinções entre os casos ou até mesmo a superação do precedente, o que conseqüentemente impede o engessamento dos fundamentos decisórios.

Diante da importância da teoria dos precedentes, surge o entendimento de que seria aplicada à própria Administração Pública, tendo em vista que o instituto pode ter papel relevante na observância dos princípios constitucionais da isonomia e segurança jurídica das relações.

Como mandamento constitucional, a atuação da Administração deve se pautar no princípio da legalidade estrita, cabendo ao administrador praticar seus atos quando autorizados por lei.

A evolução desse entendimento é no sentido de que a Administração deve observar todo o ordenamento jurídico na sua atuação, o que se denomina princípio da juridicidade.

Com base nesse princípio, a Administração deve atuar observando não só a lei estritamente, mas também o ordenamento como um sistema, tendo como base principal a Constituição Federal, onde estão elencados os principais princípios administrativos.

Daí a importância de que o administrador observe suas próprias decisões. Ao atuar dessa forma é possível cumprir o mandamento constitucional da isonomia e segurança jurídica, tendo em vista que as decisões poderão ser as mesmas diante do mesmo caso concreto, independentemente do administrado envolvido.

Além disso, será possível que a expectativa legítima do administrado em face da Administração seja observada, harmonizando a relação administrador-administrado e estancando a possibilidade de expedição de decisões surpresas e arbitrárias.

Todo esse sistema de precedente gera benefícios não só aos administrados, mas também à própria Administração.

Com a aplicação dos seus precedentes será possível que as relações sociais se estabilizem de acordo com a expectativa legítima gerada pela Administração, o que faz com que cada vez menos litígios sejam a ela apresentados.

Essa diminuição nas demandas acaba tornando ainda mais efetiva a atuação do administrador, mais uma vez em consonância com os princípios constitucionais que devem pautar suas condutas.

No mesmo sentido, a aplicação dos seus precedentes faz com que os processos e procedimentos administrativos se tornem mais céleres, cumprindo assim com o papel da eficiência que toda a Administração deve observar.

Diante de tais fundamentos, fica claro que os precedentes administrativos têm papel fundamental na aplicação dos princípios constitucionais da isonomia e segurança jurídica, sendo possível que os administrados sabiam de antemão qual será a provável postura da Administração.

A aplicação do precedente, no entanto, não deverá ser feita de arbitrariamente pelo administrador, sob pena de atuar de forma contrária à legalidade. Portanto, cabe a verificação se o caso se encaixa ou não no precedente ou, ainda, se este já se encontra superado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 out. 2019.

_____. *Decreto Federal nº 9.830*, de 10 de junho de 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 16 out. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. atual até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

NETO, Floriano de Azevedo Marques; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova LINDB e a incorporação da teoria dos precedentes administrativos ao país*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/opiniao-lindb-teoria-precedentes-administrativos>>. Acesso em 11 mar. 2019.



OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Aline Carvalho; FERREIRA, Fernanda Macedo. Vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais: uma análise do papel da advocacia pública na efetivação de direitos fundamentais. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 367-380, 2015.

A VEDAÇÃO DO ART. 10, I DA LEI 9263/96 EM CONTRAPOSIÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ayrton Laurino Netto

Graduado pela Faculdade de Direito
UNESA. Advogado.

Resumo – A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226 §7º, expressa que o planejamento familiar é livre, vedando que o Estado imponha qualquer forma coercitiva que o restrinja. No entanto, a Lei nº 9263/96, prevê que para a realização da esterilização voluntária, é necessário 25 anos completos ou dois filhos. Portanto, o presente artigo analisou o histórico do instituto da esterilização, a disposição da lei do planejamento familiar, de acordo com os projetos de lei que tramitam na Câmara e no Senado, bem como as ADIs que visam infirmar as disposições da Lei nº 9263/96, que entendem como inconstitucionais.

Palavras-chave – Direito de Família. Livre Planejamento Familiar. Esterilização Voluntária.

Sumário – Introdução. 1. A esterilização ao longo do tempo e os preceitos constitucionais. 2. Dos projetos de lei que modificam a Lei nº 9263/96 e sua adequação constitucional. 3. Da prevalência do princípio do livre planejamento familiar. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da esterilização voluntária, e a presente vedação do art. 10, I da Lei nº 9263/96. O objetivo do presente estudo é analisar a vedação e contrapô-la com os princípios constitucionais, com objetivo de concluir acerca da prevalência ou não da vedação, bem como analisar o veto presidencial proposto contra o art. 10 e os projetos de lei que versam a modificação da norma.

O tema aborda ainda, duas ações diretas de inconstitucionalidade, que discutem a temática, entendendo como inconstitucional a vedação do art. 10 da Lei nº 9263/96.

As diversas medidas tomada contra a vedação em análise trazem principal destaque e gera dúvidas acerca da manutenção do art. 10 da referida lei, ainda nos dias de hoje, vinte e três anos após a edição da lei do planejamento familiar. Dessa forma, a reflexão e estudo do presente artigo científico procura destacar os principais pontos da controvérsia.

As constantes mudanças sociais, e a ampliação da interpretação doutrinária e jurisprudencial acerca do princípio da dignidade da pessoa humana trazem novas interpretações e reflexões à temática apresentada.

O presente trabalho apresenta também diferentes visões de autores acerca do princípio do livre planejamento familiar, bem como demonstra uma resistência à vedações, que convergem ao entendimento expresso na constituição, sobre a necessidade de o Estado auxiliar os cidadãos, no planejamento familiar, sem a imposição de obstáculos e vedações.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando o histórico da esterilização ao longo do tempo, abordando a origem, onde prevalecia a involuntariedade da medida, com caráter eugênico, havendo uma abordagem progressiva do tema, até os dias atuais, que demonstram a voluntariedade da medida.

Segue-se abordando os projetos de lei que pretendem modificar o art. 10 da Lei, ponderando-se a adequação constitucional de cada projeto de lei, em contraposição com a norma atualmente constante no art. 10 da Lei nº 9263/96.

O terceiro capítulo aborda a prevalência da constituição sobre as demais normas, apontando as incoerências do dispositivo estudado, e a necessidade de adequação da norma, ao princípio do livre planejamento familiar.

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 ESTERILIZAÇÃO AO LONGO DO TEMPO E OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

O tema da esterilização é tratado atualmente com um viés de voluntariedade, sendo um direito assegurado aos cidadãos, quando do planejamento familiar. Contudo, nem sempre foi assim. No Século XX, organizações e pensadores procuraram instituir políticas de esterilização forçada¹.

A esterilização começou a ser pensada como o método chave para controle populacional, a partir do início da década de 40. Os proponentes da esterilização insistiam que

¹ DOWBIGGIN, Ian Robert. *The Sterilization Movement and Global Fertility in the Twentieth Century*. Oxford University Press, USA, 2008, p. 46.

tal método poderia reduzir o número de casos de desordens mentais, bem como aumentar o nível nacional de inteligência².

As práticas e pensamentos acerca da esterilização, no século passado, tiveram como pressuposto a obrigatoriedade, o que gera inevitavelmente uma certa resistência em relação ao tema. Contudo, atualmente a esterilização é uma garantia, uma vez que está revestida do véu da voluntariedade.

O planejamento familiar engloba a esterilização voluntária, por ser uma das formas do indivíduo e da família se autodeterminarem. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988³, no art. 226 §7º, define a família como base da sociedade, e garante o planejamento familiar de forma livre, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício de tal direito, sendo vedada qualquer forma de coerção por parte de instituições oficiais ou privadas.

A Lei nº 9263/96⁴, que regula o §7º do art. 226 da CF/88, no entanto, restringe a esterilização voluntária, em seu art. 10, impondo, em seu inciso I, que somente aos 25 anos completos, ou com ao menos dois filhos vivos, homens e mulheres possam proceder à esterilização voluntariamente.

O art. 10 da Lei nº 9263/96⁵ foi objeto de veto presidencial⁶. Contudo, ao contrário do que se pensava no início da pesquisa do presente artigo, o veto não se deu em razão de a vedação ir além da capacidade civil plena, dos 18 anos completos, mas sim, visando impedir a esterilização voluntária, entendendo se tratar de mutilação, que mesmo praticada por médico, caracterizaria lesão corporal, fato tipificado como crime na legislação criminal pátria.

A temática do planejamento familiar parece pacífica quando da leitura do texto constitucional. No entanto, contrariando a vontade do constituinte originário, é possível perceber que tanto o legislador infraconstitucional, quanto o poder executivo tentam, por vezes, restringir o que por disposição constitucional expressa, não está apto à restrição.

A esterilização voluntária está intimamente ligada à capacidade de autodeterminação do indivíduo, e, portanto, à dignidade da pessoa humana. A doutrina ressalta o direito ao livre

² Ibid., p. 111.

³ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm>. Acesso em: 06 abr. 2019

⁴ BRASIL. *Lei nº 9263*, de 25 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

⁵ Ibid., art. 10.

⁶ BRASIL. *Lei nº 9263*, de 12 de janeiro de 1996. Mensagem de veto nº 66 de 12 janeiro de 1996. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9263-12-janeiro-1996-374936-veto-20946-pl.html>>. Acesso em: 06 abr. 2019.



planejamento familiar, ressaltando a importância do projeto de parentalidade⁷. No entanto, a doutrina não costuma se aprofundar na questão da esterilização voluntária⁸, não discutindo os parâmetros estabelecidos pela lei do planejamento familiar⁹ em relação à vedação, quais sejam, os requisitos impostos pela lei, para que o indivíduo possa proceder à esterilização.

A doutrina conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana, como macroprincípio, que ressalta a valorização da pessoa e a despatrimonialização do direito privado¹⁰. No entanto, apesar dos inúmeros esforços visando a efetividade dos princípios constitucionais, é de se perceber que o legislador infraconstitucional nem sempre respeita os limites impostos pela constituição.

A presunção de legalidade das disposições legais serve para garantir segurança jurídica ao ordenamento pátrio, mas por vezes, acaba por permitir que leis que restringem de forma incorreta a incidência constitucional, vigorem até que o Supremo Tribunal Federal se manifeste acerca de sua inconstitucionalidade, o que por vezes, demora anos, ou até mesmo décadas.

Atualmente, a Lei nº 8009/90¹¹ dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Trata-se de uma garantia patrimonial mínima que visa dar maior eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, apesar de haver uma garantia patrimonial que visa garantir o mínimo existencial, atualmente há vedações, como a que vemos no art. 10 da Lei nº 9263/96¹², à possibilidade de o indivíduo se autodeterminar; uma lei que restringe a possibilidade da pessoa eliminar a possibilidade de ter filhos.

A decisão de ter filhos ou não, de planejar sua família é, por determinação constitucional¹³, do núcleo familiar.

O conceito de família tem sido ampliado, entendendo-se como família, a união homoafetiva¹⁴. Nesse momento, é de se perceber que desde de tal decisão ter sido tomada pelo Supremo Tribunal Federal, tem sido reforçado o entendimento de liberdade e dignidade da pessoa humana.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 392.

⁸ Ibid.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Belo Horizonte: Revista Ciência Jurídica, 2008, p 425.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 8009*, de 29 de março de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

¹² BRASIL, op. cit., nota 4.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: *Supremo reconhece união homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

Em momentos como esse, é natural e necessário que se traga novamente à discussão, um tema como o abordado no presente artigo, que visa concluir acerca da inconstitucionalidade ou não de tal dispositivo, e caso seja inconstitucional, impedir que normas contrárias à vontade do constituinte originário continuem tendo eficácia no ordenamento jurídico pátrio, que restringem direitos, ao mesmo tempo que moldam políticas públicas, em razão de sua eficácia.

O Brasil, por ser um país de proporções continentais, abriga tanto cidadãos que tem capacidade financeira e intelectual de procurar um advogado ou a defensoria pública, visando a eficácia de seu direito ao livre planejamento familiar, sem a restrição legal, quanto cidadãos que por desconhecimento de seus direitos, ou de formas a dar efetividade de seus direitos, não procuram o Judiciário, por meio de advogado ou de defensor público, para receber a prestação jurisdicional cabível, para assegurar o exercício ao planejamento familiar de forma livre, que atenda ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2. DOS PROJETOS DE LEI QUE MODIFICAM A LEI 9263/1996 E SUA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL

Inicialmente foi tratado no presente artigo, a evolução da esterilização ao longo do tempo e a vedação do art. 10 da Lei nº 9263/1996¹⁵.

O Projeto de Lei nº 7438/2006, teve como objetivo a diminuição da idade mínima para a esterilização, de 25 anos para 21 anos, propondo que fosse retirada a expressão “ou dois filhos”, sob a afirmativa de que tal opção pode ocorrer de modo definitivo e seguro em idades menos avançadas, tendo em vista o acesso à informação nos dias atuais¹⁶.

O Projeto de Lei nº 7438/2006, propôs também, a revogação do art. 10 §5º da Lei nº 9263/1996¹⁷ que trata do consentimento expresso de ambos os cônjuges, para que se possa proceder à esterilização.

As disposições do Projeto de Lei mencionado facilitam o acesso à esterilização, e atendem ao Princípio Constitucional do Livre Planejamento Familiar, no atual momento. No entanto, em uma reflexão mais profunda, é de se perceber que, em sendo aprovado o projeto de Lei nº 7438/2006, este passaria a colidir com o Princípio Constitucional. É de se estranhar tal conclusão de início, porém, percebemos que atualmente o projeto de lei está de acordo

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁶ BRASIL. *Projeto de lei nº 7438 de 2006*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BB59FF1FE3EFB5BF5ED7B24573FDA1D6.proposicoesWebExterno!?codteor=416011&filename=PL+7438/2006>. Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁷BRASIL, op.cit., nota 4.



com o princípio, pois promove uma maior liberdade ao planejamento familiar. Contudo, o patamar para esterilização proposto, se adequa à maioria prevista no art. 9º do Código Civil de 1916¹⁸, quando atualmente, por força do art. 5º do Código Civil de 2002, a maioria cessa aos 18 anos completos¹⁹. Portanto, apesar de em um primeiro momento, o Projeto de Lei estar de acordo com o comando constitucional, de facilitação do planejamento familiar, em um segundo momento, ainda prevê vedação em grau superior à maioria civil, o que de certo modo dificulta de modo desarrazoado, o planejamento familiar.

O Estado tem o dever de voltar às políticas públicas de forma a atingir os objetivos traçados pelo constituinte.

É de se perceber, que desde a Constituição de 1988²⁰, houve um aumento significativo de direitos sociais, com aumento do direito de autodeterminação da família e do indivíduo. No entanto, em relação ao Planejamento Familiar, apesar de a Constituição prever expressamente a impossibilidade de instituições públicas e privadas restringirem o planejamento familiar, a Lei nº 9263/1996 veda a esterilização e impõe sanções para quem a realize fora do disposto no art. 10²¹. Há atualmente o PLS 406/2018²², que visa reduzir a idade mínima para 18 anos, de acordo com a maioria civil, bem como remover o art. 10, 11, 16, e o parágrafo único do art. 14, da Lei nº 9263/1996, do ordenamento jurídico pátrio, visando dar efetividade à norma constitucional, retirando previsões legislativas contrárias à vontade do constituinte originário, promovendo maior liberdade de expressão para o indivíduo e para o núcleo familiar.

A liberdade, a justiça e a solidariedade são objetivos a serem alcançados pela sociedade. Nesse sentido, Paulo Lobo²³ define tais objetivos como supremos, conforme o seguinte:

Liberdade, justiça e solidariedade são os objetivos supremos que a Constituição brasileira (art. 3º, I) consagrou para a realização da sociedade feliz, após os duzentos anos da tríade liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa. Do mesmo modo são os valores fundadores da família brasileira atual, como lugar para a concretização da dignidade da pessoa humana de cada um de seus membros, iluminando a aplicação do direito.

O PLS 406/2018 justifica tais propostas de redução mencionando que a Lei do Planejamento Familiar apresenta significativa dificuldade para a esterilização, mencionando

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 3071*, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 10406*, de 12 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 4.

²² BRASIL. *Lei nº 11340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7874796&ts=1566506045635&disposition=inline>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

²³ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p 36.

que o patamar de 25 anos ou dois filhos, não faz mais sentido nos dias de hoje. Esse projeto de lei, mais recente que o 7438/2006, promove medidas que se adequam ao princípio constitucional do livre planejamento familiar nesse momento, uma vez que pretende diminuir a vedação atualmente imposta pela Lei em vigor, e caso aprovada, iria ao encontro do comando constitucional do art. 226 §7º da CF/88²⁴. O projeto de lei anterior, diferente do PLS 406/2018, não promove liberdade ao planejamento familiar condizente com o Princípio Constitucional. Sendo certo que o PLS modifica a sanção atualmente imposta no art. 15 da Lei nº 9263/96²⁵, retirando a atual sanção para quem realizar o procedimento, em desacordo com o art. 10 da nº Lei 9263/96, permanecendo a sanção, com a alteração de que para promover a esterilização em absolutamente incapazes, é necessária autorização judicial, sob pena do crime atualmente previsto no art. 15 da Lei nº 9263/96.

O PLS 406/2018 suscita em sua justificção, razões não antes pensadas, quando do início à elaboração do presente artigo. O art. 7º, III da Lei Maria da Penha²⁶, considera violência doméstica contra a mulher, qualquer conduta que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force à gravidez. Dessa forma, pela redação da Lei Maria da Penha, posterior à Lei do Planejamento Familiar, é possível perceber que a previsão de consentimento de ambos os cônjuges, previsto no art. 10 §5º da Lei nº 9263/96²⁷, é uma forma de impedir a mulher de usar um método contraceptivo, o que é caracterizado pela lei como violência doméstica contra a mulher. Portanto, é possível perceber, que enquanto uma lei visa proteger a mulher de violência familiar, promovendo seu direito à autodeterminação, outra lei prevê ser necessário consentimento do cônjuge, o que permite que uma prática considerada violência contra a mulher, tenha força legal de impedi-la de proceder a esterilização, sob o fundamento tão somente, de estar em um matrimônio.

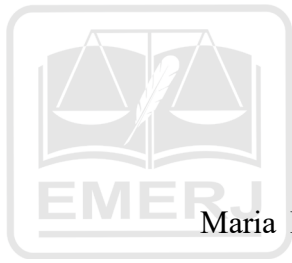
O ordenamento jurídico brasileiro deve ser coerente, não podendo uma lei prever algo que outra lei tipifique como crime, o que, conforme demonstrado, ocorre nos dias de hoje. Isso acarreta não só insegurança jurídica, como também, danos à coletividade, uma vez que o legislador infraconstitucional, que tem o dever de manter a ordem jurídica coerente com a vontade do constituinte originário, insere normas contrárias à ordem constitucional, subvertendo a ordem jurídica, causando danos à coletividade, e gerando insegurança jurídica para toda a sociedade.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 22.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 4.



Maria Berenice Dias expõe que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, I, enfatizou pela primeira vez, a igualdade entre homens e mulheres, tendo a CF/88 estabelecido tratamento abrangente e igualitário.²⁸

A igualdade entre homem e mulher, enfatizado pela Constituição, vincula a política legislativa, sendo vedada a previsão de leis que atentem contra a liberdade sexual e reprodutora de ambos os sexos.

O princípio da igualdade e direito à diferença influencia no tema, e reforça a ideia de inconstitucionalidade da norma que veda à mulher o direito de esterilização sem o consentimento do cônjuge.

Paulo Lobo²⁹ expõe sobre a vedação ao legislador, em razão de tal princípio, da seguinte forma:

O princípio constitucional da igualdade (*a fortiori* normativo) dirige-se ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem, à administração pública, para que programe políticas públicas para superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros, à administração da justiça, para o impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocaram sua intervenção, e, enfim, às pessoas para que observem em seu cotidiano. Sabe-se que costumes e tradições, transmitidos de geração a geração, sedimentaram condutas de opressão e submissão, no ambiente familiar, mas não podem ser obstáculos à plena realização do direito emancipador.

Os projetos de lei apresentados, apesar de apresentarem soluções viáveis para que a lei esteja de acordo com o princípio do livre planejamento familiar, nenhum deles foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual até o momento, a incoerência entre o art. 10 §5º da Lei nº 9263/96 e o art. 7º, III da Lei nº 11340/06, ainda não foi solucionado, permanecendo até a data da elaboração do presente artigo, disposição que afeta o direito do indivíduo à livre decisão em relação a reprodução.

3. DA PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

A Constituição Federal de 1988³⁰ é a norma cuja qual todas as leis e atos normativos devem obediência hierárquica, tendo o dever de adequar seu conteúdo, ao disposto na constituição.

O primeiro capítulo do presente artigo, demonstrou a origem da esterilização, e o aspecto de involuntariedade que em um primeiro momento, em razão da eugenia, a

²⁸ DIAS, op. cit., p 103.

²⁹ LOBO, op. cit., p 66.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

esterilização se revestia. Esse aspecto é capaz de explicar a cautela do legislador infraconstitucional em desincentivar a prática da esterilização. No entanto, o legislador infraconstitucional tem o dever de não contrariar a norma constitucional, o que, conforme demonstrado anteriormente, ocorreu nesse caso.

A CF/88, em seu art. 226³¹ e parágrafos, definiu a família como a base da sociedade, determinando que deve ter especial proteção do Estado. Os parágrafos do art. 226 definiram garantias e proteções para a família, tendo o §7º determinado que o planejamento familiar deve ser livre, vedando qualquer forma coercitiva por parte do Estado. A vedação de formas coercitivas, impede que o Estado desestimule a esterilização, uma vez que essa é também uma forma de planejamento familiar.

Dessa forma, ainda que a esterilização tenha em um primeiro momento se revestido de involuntariedade, atualmente, tal medida se reveste de voluntariedade e capacidade de se autodeterminar. Portanto, uma vez que a esterilização voluntária se adequa ao princípio da dignidade da pessoa humana, e se insere como forma planejamento familiar, é vedado ao legislador infraconstitucional, estabelecer medidas coercitivas que a desincentivem, uma vez que, por opção do constituinte originário, o planejamento familiar cabe a cada um, tendo o Estado o dever de apoiar as opções da família, em relação ao planejamento familiar próprio, sendo vedado expressamente qualquer tipo de forma coercitiva por parte das instituições públicas e privadas, conforme vontade expressa do constituinte originário.

Maria Berenice Dias descreve o princípio da dignidade humana, como sendo o princípio maior, fundante do Estado de Direito. Sendo o mais universal de todos os princípios, um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais³².

A ofensa ao princípio do livre planejamento familiar, ofende toda a sistemática constitucional, sendo uma ofensa direta ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que atenta contra a liberdade e contra a capacidade de autodeterminação do indivíduo e da família.

Os princípios constitucionais, vinculam e moldam políticas públicas, vedando que norma infraconstitucional viole a lógica constitucional, em especial o texto expresso da norma constitucional.

O segundo capítulo demonstrou as incoerências entre a Lei do Planejamento Familiar³³ e a Lei Maria da Penha³⁴. A família, base da sociedade, que deve contar com

³¹ Ibid.

³² DIAS, op. cit., p 44-45.

³³ BRASIL, op. cit., nota 4.

especial proteção do Estado, conforme a Constituição Federal³⁵, não pode conviver com uma disposição legal que exija o consentimento do cônjuge para a esterilização, quando outra lei dispõe ser tal recusa uma forma de violência contra mulher. Sendo certo que a disposição que exige o consentimento do cônjuge para que se proceda a esterilização, fere a dignidade da pessoa humana e os direitos sexuais e reprodutivos.

As normas infraconstitucionais têm o dever de manter coerência com a ordem constitucional, de forma a cumprir compromissos internacionais firmados pelo Brasil, além de dar efetividade a normas constitucionais que delegam à lei, o dever de dar efetividade a direitos sociais.

Os três poderes têm o dever de zelar pela constituição, bem como impedir que leis manifestamente inconstitucionais produzam efeitos. Portanto, diante da manifesta inconstitucionalidade do dispositivo, como se depreende do caso em questão, o Chefe do Poder Executivo tem o dever de descumprir tal lei, sendo tal decisão autoexecutória, independentemente de prévia manifestação por parte do Poder Judiciário. Devendo tal decisão do Executivo ser revista tão somente caso o órgão competente do Poder Judiciário decida em sentido contrário. Sendo esse o entendimento do atual Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, desde 1990³⁶.

A harmonia e independência entre os poderes, significa também, a possibilidade e dever de proteção e zelo à Constituição Federal, de forma a impedir que o ordenamento jurídico seja poluído por normas que criam conflitos e ferem direitos. As disposições do legislador infraconstitucional não podem contrariar a vontade da norma que compõe a base da sociedade, qual seja a Constituição.

O Poder Judiciário tem o dever de pacificar conflitos, pondo fim a lides, e aplicando as leis, conforme o comando constitucional. Portanto, quando da existência de disposição que contrarie direitos fundamentais, e crie incongruências quando da comparação com outras leis, tal disposição não poderá ser aplicada, devendo cada Poder agir de forma a retirar tais normas do ordenamento jurídico, seja pelo descumprimento de normas nitidamente inconstitucionais, no caso do Poder Executivo, seja pela produção de leis que revoguem a disposição anterior, no caso do Poder Legislativo, seja pela declaração em controle difuso ou concentrado, no caso do Poder Judiciário.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 22.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁶BARROSO, Luis Roberto. Poder executivo - Lei inconstitucional - Descumprimento. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 387-397, jul. 1990. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46278/44437>>. Acesso em: 15 set. 2019.

A Lei do Planejamento Familiar, apesar de ter em seu texto, partes que contrariam as disposições constitucionais, conforme previamente visto, vem sendo aplicada na prática, inclusive com requisitos mais rígidos do que na própria lei. O Ministério da Saúde, pela portaria 48 de 1999³⁷, requer que a pessoa tenha 25 anos, ou dois filhos vivos.

Os princípios e normas constitucionais prevalecem sobre os atos normativos, e em caso de flagrante inconstitucionalidade, como no presente caso, em que há a restrição da capacidade de autodeterminação, deve haver a aplicação de tais princípios constitucionais, para retirar do mundo dos fatos, qualquer tipo de norma que restrinja ou exclua sua eficácia.

É vedado o retrocesso social, de forma que uma vez previsto o direito ao livre planejamento familiar, não pode o legislador suprimi-lo, ou reduzir a eficácia que a norma constitucional previu para tanto. Sendo importante explicitar o exposto por Maria Berenice Dias³⁸, acerca do retrocesso social:

A Constituição Federal, ao garantir especial proteção à família, estabeleceu as diretrizes do direito das famílias em grandes eixos, a saber: (a) a igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar; (b) o pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção; e (c) o tratamento igualitário entre todos os filhos. Essas normas, por serem direito subjetivo com garantia constitucional, servem de obstáculo a que se operem retrocessos sociais, o que configuraria verdadeiro desrespeito às regras constitucionais.

Atualmente, há duas ADIs no Supremo Tribunal Federal, visando a declaração de inconstitucionalidade da restrição à esterilização voluntária. A ADI nº 5097³⁹, e a ADI nº 5911⁴⁰. Apesar de até o presente momento, não ter havido o julgamento das ADIs citadas, os argumentos acerca da inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9263/96⁴¹, giram em torno de tais exigências afrontarem direitos fundamentais, contrariarem tratados internacionais, violarem o direito à liberdade de escolha, e irem de encontro aos direitos sexuais e reprodutivos⁴². Assim a existência das ADIs reforça a ideia de flagrante inconstitucionalidade dos dispositivos da lei do planejamento familiar que versam sobre a vedação à esterilização voluntária, com menos de 25 anos ou dois filhos.

³⁷ BRASIL. Portaria nº 48, de 11 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0048_11_02_1999.html>. Acesso em: 15 set. 2019.

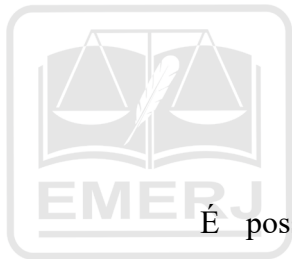
³⁸ DIAS, op. cit., p 51.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5097 de 13 de março de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5911 de 08 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307>>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁴¹ Idem, op. cit., nota 4.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF recebe nova ação contra dispositivo da Lei do Planejamento Familiar. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=375595>>. Acesso em: 16 set. 2019.



É possível perceber que as formas de impugnação de lei manifestamente inconstitucional detêm trâmites longos, que permitem que tais normas produzam efeitos por longos períodos na sociedade, restringindo direitos e limitando a eficácia de norma constitucional, o que acontece com a lei do planejamento familiar, que há mais de 22 anos, produz efeitos e molda políticas públicas.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito entre a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 9263/96. O embate materializa-se pelo confronto entre a norma constitucional, que prevê a liberdade do planejamento familiar, e a lei do planejamento familiar, que prevê idade mínima de 25 anos ou a existência de dois filhos, para a realização da esterilização voluntária.

De um lado há o histórico eugênico da esterilização, e a irreversibilidade, de outro, há os direitos fundamentais expressos na constituição, como a dignidade da pessoa humana, o livre planejamento familiar, e a autonomia da vontade.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que apesar dos argumentos e motivações utilizadas na lei do planejamento familiar, e pelo conselho regional de medicina, há de prevalecer o disposto pelo constituinte originário.

Na prática, há duas ADIs, bem como dois projetos de lei que pretendem infirmar a disposição da lei do planejamento familiar. No entanto, até o presente momento, o conflito permanece, apesar de nos últimos anos, o legislador infraconstitucional ter tentado inserir normas que atendam os princípios constitucionais vigentes, dando eficácia aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil, bem como dando efetividade aos direitos sociais inerentes à família.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que o art. 226 §7º está sendo violado pela disposição da Lei nº 9263/96, uma vez que os direitos fundamentais estão sendo limitados, apesar da disposição infraconstitucional ser substituída pelo projeto de lei que tramita no senado, para que a norma constitucional tenha efetividade, e a vontade do constituinte originário seja respeitada.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, a de analisar os projetos de lei que visam modificar a Lei nº 9263/96, esta pesquisa chegou ao entendimento

de que, o PLS 406/2018 melhor se adequa ao comando de liberdade para o planejamento familiar, uma vez que não reduz tão somente a idade mínima, mas revoga também, outros dispositivos da lei do planejamento familiar, que são contrárias ao comando constitucional.

O principal argumento usado por esta pesquisa, foi o da primazia da constituição, que deve ser resguardada por todos os Poderes, seja pelo descumprimento de normas inconstitucionais, seja pelo controle preventivo ou repressivo, que deve ser feito de acordo com a previsão constitucional, em relação ao seu exercício.

A fim de promover maior segurança jurídica ao ordenamento, foi demonstrado que é necessária uma constante revisão de normas infraconstitucionais, para que passem a refletir a vontade do constituinte originário.

O objetivo fundamental da República brasileira consiste em construir uma sociedade livre, justa e solidária. Portanto, não é possível concretizar isso por meio da supressão ainda que parcial, da autonomia do cidadão, além do patamar da maioria, razão pela qual a norma constitucional prevê a impossibilidade de coerção por parte de entidades públicas e privadas em relação ao planejamento familiar.

Por outro lado, frise-se que não deve ser fomentada a irresponsável agressão aos direitos da personalidade de quem quer que seja, ainda que os motivos sejam coerentes com os costumes. Os homossexuais devem ter um tratamento na sociedade compatível com sua condição de cidadãos, os quais são livres para viver da forma que sua capacidade de autodeterminação direcione.

Ficou claro no presente artigo que a tese do autor consiste na inconstitucionalidade da vedação à esterilização voluntária, eis que consiste no planejamento da família, que não pode sofrer qualquer tipo de coerção por parte do Estado, conforme o art. 226 §7º da CF/88.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Poder executivo - Lei inconstitucional - Descumprimento. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 387-397, jul. 1990. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46278/44437>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. *Lei nº 3071*, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.



_____. *Lei nº 8009*, de 29 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Lei nº 9263*, de 12 de janeiro de 1996. Mensagem de veto nº 66 de 12 janeiro de 1996. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9263-12-janeiro-1996-374936-veto-20946-pl.html>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. *Lei nº 9263*, de 25 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. *Lei nº 10406*, de 12 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. *Lei nº 11340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7874796&ts=1566506045635&disposition=inline>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. *Projeto de lei nº 7438 de 2006*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BB59FF1FE3E8FB5BF5ED7B24573FDA1D6.proposicoesWebExterno1?codteor=416011&filename=PL+7438/2006>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. *Portaria nº 48*, de 11 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0048_11_02_1999.html>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5097* de 13 de março de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5911* de 08 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307>>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF recebe nova ação contra dispositivo da Lei do Planejamento Familiar*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=375595>>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Supremo reconhece união homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DOWBIGGIN, Ian Robert. *The Sterilization Movement and Global Fertility in the Twentieth Century*. Oxford University Press, USA, 2008.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Belo Horizonte: Revista Ciência Jurídica, 2008.

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA
FACE À AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS PARITÁRIOS

Baldomero Cortada de Oliveira Bello

Graduado pelo Instituto Brasileiro de
Mercados de Capitais (IBMEC). Advogado.

Resumo – o ônus da prova sempre foi - e sempre será - de importância ímpar nas relações judiciais, mister pelo fato de relacionar-se diretamente com a busca da verdade, ostentando a teleologia de aproximar a atuação jurisdicional da justiça e, por consequência, aprimorando-a. Assim como a própria sociedade, que passa por mudanças estruturais ao longo do tempo, a questão referente ao ônus probatório também o faz, transformando-se e adaptando-se de acordo com a relação de direito material travada, mas não apenas, pois é igualmente certo que o sistema perquire a utilização de métodos racionais, previamente informados às partes, a fim de balizar a atuação destas para que o órgão jurisdicional desempenhe sua função. A essência do trabalho é delinear o panorama hodierno, detendo-se ao negócio jurídico processual, de forma mais acurada no que tange à convenção processual acerca do ônus da prova entabulada previamente ao processo e que venha a apresentar, a posteriori, uma prova diabólica. Neste diapasão, o artigo 190 do Código de Processo Civil constitui cláusula geral de convenções processuais, sendo certo que permite controle de validade do avençado quando há vulnerabilidade, logo, busca-se analisar se o artigo 373, §3º, inciso II, do mesmo diploma normativo - que trata especialmente do tema probatório -, também possui tal requisito.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Principiologia Processual Civil. Autonomia Privada. Ônus Probatório. Contratos Paritários.

Sumário – Introdução. 1. A evolução dos direitos fundamentais e sua incidência no ordenamento jurídico. 2. A releitura do conceito da autonomia da vontade e o ônus da prova no processo civil. 3. O negócio jurídico processual entabulado previamente ao processo e seu controle judicial diante da autonomia privada e da prova diabólica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca discutir a possibilidade da aplicação da Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova nas relações contratuais paritárias, mormente quando, nestas, tiver ocorrido convenção para que sua distribuição seja de modo diverso. Procura-se demonstrar até que ponto a autonomia privada permite que o negócio processual altere o ônus probatório.

Para tanto, abordam-se principalmente as posições doutrinárias a respeito do tema, de modo a conseguir debater se a autonomia privada nas relações jurídicas contratuais paritárias permite que o negócio processual dificulte, ou até mesmo impossibilite, o ônus probatório, tendo em vista que as partes da relação jurídica contratual se encontram em patamar de igualdade e assim dispuseram.



Com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe consigo forte carga normativa, seus vetores axiológicos irradiaram-se para todo o ordenamento jurídico e, diante disso, a conhecida corrente doutrinária chamado de Direito Civil Constitucional surgiu com o propósito de ser um movimento de releitura de todo o direito privado. Neste diapasão, diante da evolução dos direitos fundamentais, o direito privado – tanto em seu viés material como também em seu viés processual - foi afetado, vindo a perder seu caráter nitidamente liberal e individualista, o qual privilegiava a autonomia da vontade.

Diante disso, em que pese o Código Processual Civil de 2015 surgir com intuito de regular a prova, dispondo sobre a incidência do ônus probatório, o tema merece atenção, uma vez que a doutrina é controvertida acerca da possibilidade de negócios jurídicos contratuais paritários estabelecerem, com supedâneo na autonomia privada, ônus de modo diverso do legalmente previsto.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a evolução dos direitos fundamentais e sua incidência no ordenamento jurídico, precipuamente no direito privado. Corolariamente, são trazidas reflexões acerca das alterações sofridas pelo direito processual civil em razão da releitura constitucional, bem como a influência das normas processuais no desfecho de uma demanda judicial.

Segue-se, no segundo capítulo, sopesando quais critérios moldam uma real relação jurídica contratual paritária, explicitando, ainda, a releitura do conceito da autonomia da vontade e seus consectários diante da nova perspectiva constitucional do direito material e processual.

O terceiro capítulo, por fim, visa ponderar se é possível que o magistrado, em prol de uma melhor atuação jurisdicional e visando tutelar aquilo que se apresenta como a verdade dos fatos, altere o ônus da prova, aplicando a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova, ainda que se trate de uma relação jurídica paritária em que houve um negócio processual dispondo de forma diversa.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador busca racionalizar um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis, bem como por se amoldarem bem ao objeto da pesquisa, para, então, comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Deste modo, a abordagem será alicerçada em base qualitativa, valendo-se de bibliografia relacionada ao tema que será desenvolvido, de modo que o pesquisador possa conduzir o raciocínio, após fichamento da questão em fase exploratória, com o condão de sustentar sua tese.

1. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INCIDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O ordenamento jurídico brasileiro sofreu intensas alterações no último século, moldando-se gradualmente até alcançar o panorama em que hodiernamente se apresenta, sendo certo que foi corolário das também intensas transmutações pelas quais a própria ordem social do Estado perpassou.

Em outras palavras, tem-se que o desenvolvimento do Estado brasileiro, em sua acepção político-social, foi acompanhado pela evolução do Direito e, mais especificamente, pela formação do que atualmente se conhece por “gerações de direitos fundamentais”, distinção estabelecida entre os direitos fundamentais com a teleologia de situá-los de acordo com os distintos momentos em que surgiram, sendo certo que se originaram de reivindicações que foram acolhidas pela ordem jurídica.

É de bom alvitre salientar, todavia, que alguns doutrinadores preferem, por questões de rigorismo técnico, a expressão “dimensões de direitos fundamentais”, uma vez que, de acordo com os defensores desta etimologia, o termo “gerações” poderia sugerir uma equivocada ideia de substituição da geração anterior pela mais recente, o que se afigura incorreto, tendo em vista que constituem natureza cumulativa e complementar. Neste sentido é a posição dos autores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹:

Num primeiro momento, é de se ressaltar as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo “gerações”, já que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.

A divergência em relação à nomenclatura gerou, inclusive, reflexões em grandes autores, tal como Paulo Bonavides, que, conforme relata de Dimitri Dimoulis², reconheceu “dimensões” como termo mais adequado: “Aliás, o próprio Bonavides, no desenrolar de seu texto, acaba reconhecendo a proeminência científica do termo “dimensões” em face do termo “gerações”, ‘caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade’.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 318.

² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34-35.

Superando a mencionada questão, busca-se realizar um panorama simplista do trajeto percorrido pela mencionada evolução dos direitos fundamentais, com vistas a proporcionar um contorno de entendimento mais lógico e acertado quanto aos deslindes do presente trabalho.

Aponta-se, inicialmente, que é comum identificarem-se três dimensões dos direitos fundamentais de acordo com a fórmula de universalização dos direitos fundamentais e sob os princípios cardeais da Revolução Francesa (*liberté, égalité, fraternité* – liberdade, igualdade e fraternidade), porém, incontestável que nos dias de hoje a doutrina já se debruça sobre o que seria uma quarta dimensão, remontando à democracia e ao desenvolvimento biotecnológico contemporâneo³. Ressalve-se que alicerçado nos objetivos do presente trabalho e sendo o presente capítulo apenas um introito com vistas ao melhor entendimento do tema principal, como já supramencionado, abordar-se-á tão somente aquelas dimensões.

Afigura-se indubitável que o Direito é uno, indivisível e jamais pode ser desmembrado de sorte a gerar interpretações e entendimentos extrassistêmicos, pois a harmonia entre toda sua estrutura fundamenta seus pilares. Essa constatação justifica, inclusive, os princípios constitucionais e as diferentes técnicas de hermenêutica, tais como o Princípio da Interpretação Conforme a Constituição (hipótese em que se apresentam normas plurissignificativas ou polissêmicas, quando a exegese adequada deverá ser a que mais se aproxime da Constituição) e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto (entre os sentidos da norma, identifica-se, de antemão, qual deles é inconstitucional – declarando a parcial nulidade).

Entretanto, uma dicotomia entre direito privado e direito público foi criada para fins acadêmicos, o que acabou refletindo nas suas respectivas aplicações sociais. Assim, a codificação do direito civil passou a ser entendida de maneira incisiva no trato das relações privadas, causando, sobretudo pela influência do liberalismo clássico, uma ideia de absentismo estatal e prezando pelas liberdades individuais. Desta forma, os direitos de primeira dimensão, em um Estado Liberal de Direito ou pré-moderno, eram caracterizados, principalmente, pelos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade. Em verdade, como bem lecionam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁴ “Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do poder. Daí esses

³ Nesse sentido, BOBBIO, Noberto, *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25. BULOS, Uadi Lammêgo, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 404. BONAVIDES, Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 2004, p. 570-572.

⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137.

direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo.”

Considerando que o paradigma dos direitos de primeira geração era o homem individualmente considerado, precipuamente com um Estado absenteísta, os problemas sociais aumentaram quantitativamente, bem como se hipertrofiaram, passando a demandar uma postura ativa do Estado, o que era mister para conter as reivindicações daquele período por justiça social, tendo em vista o abismo de desigualdade causado pelo ideal de Estado liberal. Desta forma, uma nova compreensão de Estado se descortinou, qual seja, um Estado Social de Direitos (também conhecido como moderno ou *WelfareState*), que passou a titularizar deveres de plexo social, abandonando aquele modelo abstencionista e adotando uma postura provedora e interventora, do que resultaram os direitos de segunda dimensão - caracterizados por um viés de isonomia e impulsionados por prestações estatais positivas.

Já os direitos denominados de terceira dimensão, são marcados pela ideia de titularidade difusa ou coletiva, sob o espreque de um Estado Democrático de Direito, também chamado de pós-moderno. Este ostenta uma atuação de intervenção moderada, ou seja, somente age quando há distorções no mercado e para determinadas atividades (interesse público relevante ou imperativos de segurança), ganhando força a ideia de subsidiariedade. Tais direitos são concebidos para a proteção de coletividades e grupos (tal como direito ao meio ambiente e à paz). Neste diapasão, são as palavras de Luís Roberto Barroso⁵: “Na terceira geração estão os direitos coletivos e difusos, que abrigam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos do consumidor.”

Diante de todo o exposto, tem-se que com a evolução do direito e das concepções político-sociais do Estado brasileiro, a Constituição Federal passou a ser o cerne de todo o ordenamento jurídico, devendo sua carga axiológica irradiar-se por todo os ramos do direito, inclusive àqueles marcados outrora por forte vetor liberal. Um exemplo disto é o movimento de despatrimonialização e constitucionalização do Direito Civil. Nesta esteira, ensina Luís Roberto Barroso⁶:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com a sua ordem, unidade e harmonia — mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 200-201.

⁶Idem. *O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=14>. Acesso em: 07 abr. 2019.



normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

Assim, afigurando-se como inquestionável que todas as diretrizes do ordenamento pátrio devem ser alvo de releitura com base na Constituição Federal, é igualmente acurada a afirmativa de que o Direito Civil sofreu forte incidência dessa filtragem constitucional, notoriamente por figurar em faceta do Direito na qual a luminosidade da intervenção/regulação estatal não abrangia, ou seja, que ostentava maior âmbito de liberdade nas avenças. Dessa forma, passar-se-á à análise das alterações sofridas pelo Direito Civil e pelo Direito Processual Civil, respectivamente, no que tange à autonomia da vontade e ao ônus probatório.

2. A RELEITURA DO CONCEITO DA AUTONOMIA DA VONTADE E O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Incontáveis relações e interações humanas constituem a vida de uma sociedade, porém, não são todas essas condutas que ingressam no universo jurídico. Os atos volitivos, entendidos como manifestações de vontade (sejam as meramente internas ou as eventualmente declaradas), podem emanar-se em qualquer direção, desde atos triviais do dia-a-dia - *vg.* ir à padaria - até mesmo a interferência ou formação de negócios jurídicos, tal como um contrato, negócio jurídico por excelência.

Deduz-se, assim, que a autonomia da vontade possui uma abrangência imensurável, todavia, quando esse elemento volitivo, com supedâneo na norma, envolve matriz jurídica, tem-se como mais apropriada a utilização da expressão “autonomia privada”, uma vez que esta, além de alcançar o campo do direito, traz consigo a noção de respeito aos limites impostos principalmente pelo ordenamento jurídico (mas não apenas, já que também encontra obstáculos em princípios sociais), enquanto a “autonomia da vontade” absente tal característica, restringindo-se a escopos extrajurídicos e conferindo à carga volitiva um caráter quase que absoluto⁷.

⁷Sobre o tema, é interessante invocar o escólio de Francisco Amaral, que em 1989 já apontava distinção entre os termos: “Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém, não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença que se realça com o enfoque do fenômeno em apreço na perspectiva da nomogênese jurídica. Poder-se-ia logo dizer que a expressão autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real”. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional*. p. 213. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

Em outros termos, a autonomia privada enquadra os corolários jurídicos que determinado ato volitivo pode tangenciar ou ensejar, denotando atenção aos aspectos jurídico-materiais, mormente ao arcabouço constitucional que, como outrora explicitado, se irradiou para todas as vertentes após o advento da Constituição de 1988, dando azo à personalização do direito privado. Nas palavras de Robson Godinho⁸: “A autonomia privada trabalha não com a vontade subjetiva soberana, numa exacerbação individualista, mas com o consenso legitimado pela ordem normativa, que autoriza a formação de normas negociais e determinação de seu próprio comportamento individual.”

Afere-se, desta feita, que excessos ou inobservâncias formais ou materiais possibilitam que o ato seja levado ao inexorável controle judicial, justificando análise casuística de seus elementos (essenciais, naturais ou acidentais) a fim de determinar os efeitos do mencionado ato, inclusive, pelo seu esquadrinhamento diante dos planos da conhecida teoria da Escada Ponteanana.

A autonomia da vontade, a seu turno, guarda relação com o século XIX, possuindo contornos de um período em que a vontade das partes ostentava um grau muito mais elevado de intocabilidade no direito privado, justamente em razão de inobservância de matrizes constitucionais, sociais e éticas.

Diante do exposto, resta evidente que os termos e suas respectivas utilizações são distintos, devendo haver cuidado quando de seus empregos, sob pena de o interlocutor trazer à lume verdadeiro desconhecimento acerca do debate, o qual é de hodiernidade relativa.

Ultrapassado o aspecto atinente à epistemologia dos termos e acreditando ter cumprido com a missão de esclarecer a mudança que permeou o panorama jurídico pátrio - especialmente o direito privado -, no que tange à liberdade da vontade nos negócios jurídicos, passa-se ao estudo do ônus da prova, o qual é de basilar importância para que haja a compreensão das teorias que daí decorrem, bem como suas aplicabilidades no negócios jurídicos processuais e seu eventual controle.

Inicialmente, ingressando no tema de *ônus probandi*, é de bom alvitre salientar que o presente trabalho ostenta objeto delimitado, tendo o escopo de apresentar as facetas relacionadas à questão do controle judicial de negócio jurídico processual entabulado em momento anterior ao processo e envolvendo ônus probatório, sendo certo que realizado por partes consideradas paritárias, mas que, posteriormente – durante o processo -, houve

⁸ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 118.



descompasso na viabilidade da prova, verificando-se verdadeira prova diabólica⁹. Assim, pela mesma razão, buscar-se-á explicações mais detidas tão somente de conceitos centrais das premissas necessárias ao entendimento do supracitado debate, não incorrendo em maiores dilações em conceitos e/ou teorias conexas, tal como os aspectos do ônus da prova (seu viés objetivo e subjetivo)¹⁰, distinções entre ônus e dever¹¹, dentre outros.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 373, incisos I e II, manteve a regra já existente no sistema anterior – mais especificamente no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973 – de distribuição estática do ônus da prova, segundo a qual cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e cabe ao réu provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, porém, admite-se, ainda, a existência de distribuição estática do ônus de forma distinta da citada regra geral, marcada pelo fato do próprio legislador estabelecer, antecipadamente, a quem caberá o ônus de provar fatos específicos – vg. o artigo 38 da Lei 8.078/90.

Com o tempo, passou a ser claramente perceptível que a distribuição fixa, abstrata e rígida, previamente encartada pelo legislador, não atendia aos anseios de robustecimento do material probatório, além de permitir o fatídico cenário em que o processo não era dotado de máxima efetividade quando da busca pela verdade dos fatos, pois não raras eram as vezes que a parte “mais fraca” da relação processual acabava sucumbindo em razão de não conseguir se desincumbir satisfatoriamente daquele ônus legalmente estipulado pelo legislador.

Diante, portanto, da inquestionável constatação de que existem situações fáticas que emergem com complexidade insuscetível de prévia catalogação pelo direito positivo, a lei, a doutrina e a jurisprudência passaram a excepcionar a distribuição estática do ônus da prova, de modo que foram sendo criadas e aplicadas outras regras de inversão e dinamização estabelecidas em lei, sendo este o contexto em que surgira a teoria da distribuição da carga

⁹ A prova diabólica é aquela de excessiva dificuldade, ou até mesmo impossibilidade, de produção ou obtenção.

¹⁰ Em seu aspecto subjetivo, o ônus da prova estampa a teleologia de nortear as partes envolvidas na demanda para que saibam, de antemão, as suas respectivas parcelas de responsabilidade em relação ao fato que se busca demonstrar em Juízo. Assim, direciona-se às partes, pois serve como um alerta acerca do risco de derrota na demanda caso não se desincumbam satisfatoriamente de suas tarefas em relação à demonstração dos fatos que lhe beneficiariam. O seu aspecto objetivo, a seu turno, é compreendido como uma regra de julgamento, pois consiste em arcabouço normativo direcionado ao magistrado para que exerça sua atividade julgadora, ainda que haja insuficiência em termos de provas produzidas. Em outros termos, há a determinação de qual das partes suportará as consequências da mencionada insuficiência, uma vez que veda-se o *Non Liqueat* – deixar o juiz de decidir a questão posta.

¹¹ Em apertada síntese, um dever constitui uma obrigação, não permitindo qualquer juízo de voluntariedade da parte sobre a apresentação e/ou fornecimento, ou não, daquela prova, exceto se optar por incorrer em ilícito – imagine-se uma ordem judicial de apresentação de determinado documento. O não atendimento a um dever configuraria manifesto ilícito, tal como uma desobediência e, por corolário, geraria sanções. O ônus, por outro lado, contrapõe-se ao dever jurídico, sendo certo que se a parte não se desincumbir daquele, não cometerá qualquer ilícito, apenas perdendo ou deixando de obter uma vantagem.

dinâmica do ônus probatório, trazendo consigo a possibilidade de modificação opejudicis do ônus da prova, ou seja, a possibilidade de o Estado-juiz alterar quem sofrerá as consequências pela insuficiente corroboração da hipóteses fáticas. FredieDidie Jr¹². resume o tema com sua peculiar excelência - e sem abandonar a simplicidade -, sendo de bom alvedrio a transcrição de suas palavras:

Ônus da prova é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Esse encargo pode ser atribuído (i) pelo legislador, (ii) pelo juiz ou (iii) por convenção das partes. A atribuição feita pelo legislador é prévia e estática (invariável de acordo com as peculiaridades da causa); a distribuição feita pelo juiz ou pelas partes é considerada dinâmica, porque feita à luz de uma situação concreta. O legislador, conforme será visto adiante, estabelece abstratamente quem arca com a falta de prova; são as chamadas regras sobre ônus da prova. Mas essas regras podem ser alteradas, em determinadas circunstâncias, pelo juiz ou, atendidos certos requisitos, por convenção das partes.

O Código de Processo Civil de 2015 reconheceu expressamente, em seu artigo 373, §1º, a teoria da carga dinâmica de distribuição do ônus da prova, que consiste justamente na maior flexibilização, pelo juiz, das regras do ônus probatório¹³. Entretanto, é de bom alvitre salientar que o dispositivo supracitado alicerça que sua aplicabilidade depende de decisão específica e fundamentada, além de averiguação e consequente constatação acerca de “impossibilidade” ou “excessiva dificuldade” de cumprimento do encargo.

Ademais, afigura-se indubitável, com esteio no texto legal, que a aplicação de tal técnica não deve ocorrer tão somente na sentença; ao contrário, cabe ao magistrado, quando da fixação dos pontos controvertidos e da especificação das provas – portanto, quando do saneamento do processo -, esclarecer que a causa não será regida pela regra estática do ônus probandi (art. 373, caput), mas pela técnica ora em comento, pois, somente dessa maneira, possibilitar-se-á o contraditório¹⁴ e privilegiar-se-á toda a moldura processual constitucional,

¹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 128-129.

¹³ Ressalte-se, todavia, que já existiam normas positivadas dispendo acerca da técnica de inversão do ônus probatório, caso do artigo 6º, inciso VIII, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o qual dispõe que é direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

¹⁴ O princípio do contraditório (previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição federal e também no artigo 7º do Código de Processo Civil de 2015) importa na garantia de participação dos atos processuais e, igualmente, na capacidade de influenciar nas decisões. Aquela garantia é a denominada formal, enquanto esta conforma o seu espectro substancial. Esta dimensão substancial, que garante o poder da parte influenciar nas decisões, abrange a vedação às decisões surpresas (artigos 9º e 10, ambos do diploma processual civil), pois, por questões lógicas, se uma parte foi surpreendida com uma decisão, significa que não tinha conhecimento acerca de seu proferimento e, corolariamente, tem-se que não lhe fora oportunizada a fala.

sendo mister rememorarmos que o próprio artigo 1º preceitua que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. Neste diapasão, são as palavras de Humberto Theodoro Júnior¹⁵:

O novo Código absorveu a teoria do ônus dinâmico da prova, mas o fez com todas as cautelas necessárias para evitar decisões surpresa e para cumprir, com efetividade, o contraditório, e bem observar o princípio democrático da cooperação entre os sujeitos do processo.

Ato contínuo de estudo, o parágrafo segundo do aludido comando impõe que a decisão de redistribuição do ônus da prova não pode gerar a mesma situação para a parte adversa, ou seja, aquela que recebeu o encargo – mas que não estava primitivamente com tal ônus – não poderá descortinar-se, igualmente, em posição de excessiva dificuldade ou impossibilidade desincumbência do encargo. Dito de outra forma, caso a prova seja considerada diabólica para ambas as partes, não será admissível que o julgador se valha da distribuição em prejuízo da parte que inicialmente não possuía tal ônus, devendo decidir com base em outras provas, presunções e/ou regras de experiência¹⁶.

Por sua vez, é certo que o parágrafo terceiro, ainda do artigo 373 do diploma processual civil, autoriza que as partes distribuam diversamente o ônus da prova por meio de convenção, desde que esta postura respeite duas condições, quais sejam: i) não torne excessivamente difícil o exercício do direito e; ii) não recaia tal convenção sobre direito indisponível. Por corolário lógico, se o dispositivo impede a inversão nos casos a que alude, por exclusão a autoriza nas demais hipóteses. Por fim, é de bom tom apontar que tal ajuste pode ocorrer antes do processo ou no curso deste.

O presente trabalho trata justamente dessa convenção que torna difícil o exercício do direito. Como se verá a seguir, busca-se investigar se a referida vedação incide apenas em relações de vulnerabilidade - em compasso com o negócio jurídico processual previsto no artigo 190, parágrafo único - ou também em relações paritárias.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 60. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 938.

¹⁶ Apenas a título de recordação, as presunções podem ser divididas em presunções legais (que podem ser relativas ou absolutas, conforme admitam ou não prova em contrário) ou em presunções simples ou hominis (mencionadas, juntamente com as regras de experiência técnica, no artigo 375 do Código de Processo Civil, autorizando o juiz a decidir com base em regras de experiência comum, que são subministradas pela observação do que ordinariamente acontece).

3. O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ENTABULADO PREVIAMENTE AO PROCESSO E SEU CONTROLE JUDICIAL DIANTE DA AUTONOMIA PRIVADA E DA PROVA DIABÓLICA

Diante de tantas teorias e conceitos, faz-se interessante realizar um breve compêndio do tema, o que ensejará maior inteligência do raciocínio a ser desenvolvido. Como outrora dito, existem as regras gerais de aplicação do ônus da prova, que são aquelas instituídas no artigo 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil de 1973 e que foram mantidas pelo Código de Processo Civil hodierno, mais especificamente em seu artigo 373, incisos I e II, as quais instituem sua distribuição de acordo com o interesse na afirmação do fato. Por esta estrutura técnica, ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos de seu direito, buscando levá-lo ao sucesso, com a procedência de seus pedidos; ao réu caberá provar os fatos que modificam, extinguem ou impedem os direitos autorais, buscando a improcedência dos pedidos da exordial.

Desta feita, o mencionado dispositivo desempenha o papel de regra de conduta, pois certo que permite que as partes tracem, previamente, suas estratégias probatórias, ou seja, cientes de seus respectivos ônus, saberão também qual modo de agir lhes trarão melhores perspectivas no tocante aos seus interesses, pelo menos em uma análise preambular.

Apesar das aludidas regras, prévia e fixamente estipuladas, passou-se a constatar que nem sempre tais ditames conduziam à maior efetividade do processo – sob o prisma de busca da verdade real -, pois não raras eram as vezes em que o mais frágil da relação processual sucumbia em razão de dificuldades na produção da prova, oriundas da atribuição legalmente estipulada. Diante disto, novas balizas envolvendo situações de hipossuficiência foram criadas, de modo a permitir que a parte atingida por essa hipossuficiência fosse beneficiada; uma verdadeira vantagem processual – o que constitui as regras de inversão do ônus da prova *ex vi lege*.

Prosseguindo, empenhando-se em desenvolver ainda mais o panorama existente, com vistas à sua efetividade, criou-se a técnica da dinamização dos ônus probatórios. Em contornos gerais – mantendo a teleologia alhures revelada de apenas sintetizar o conteúdo para passar à ideia central -, trata-se da possibilidade de o juiz, no caso concreto e desde que atento às condicionantes processuais e materiais (previstas nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 373 do Diploma Processual), atribuir os ônus probatórios de maneira diversa da legalmente prevista, o que o faz com supedâneo na razoabilidade e com o objetivo de que aquele que possui melhores condições de produzir a prova suporte o seu ônus.

Finalmente, culmina-se ao ponto almejado, qual seja, ao negócio jurídico processual, mais especificamente à convenção processual acerca do ônus da prova. O Código de Processo Civil atual manteve, nos incisos do parágrafo terceiro de seu artigo 373, a diretriz elencada pelo seu antecessor nos incisos do parágrafo único do artigo 333.

Nesta entoada, houve a manutenção de que a convenção sobre os ônus probatórios não pode ocorrer quando recair sobre direito indisponível da parte ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Tais limitações constam, respectivamente, nos incisos I e II, tanto do dispositivo da codificação atual quanto da pretérita.

Note-se como a doutrina tem tratado as restrições, precipuamente a constante no inciso segundo, mas, antes, é de bom alvitre apontar, novamente, que a convenção ora comentada pode ser celebrada antes ou durante o processo, o que resta indiscutível diante do disposto no parágrafo 4º do artigo 373. É em relação ao inciso segundo (que trata da excessiva dificuldade para o exercício do direito), mister quando o negócio jurídico processual fora concretizado antes do processo e por partes paritárias, que deseja-se perquirir neste capítulo. Fez-se o peculiar apontamento atinente a perfeita possibilidade da convenção ser entabulada antes do processo, pois existia séria divergência doutrinária durante a vigência da legislação processual anterior, que não pormenorizava o detalhe. A título de corroboração, colaciona-se excerto das palavras de Robson Godinho¹⁷:

Relembre-se que uma das clássicas discussões envolvendo a matéria situa-se precisamente na natureza e no momento em que se podem estabelecer tais convenções. Parece-me que, pelas razões expostas nos itens antecedentes, configura-se neste dispositivo o reconhecimento de que se trata de um ato processual em sentido amplo, independentemente de ser celebrado antes ou no decorrer de procedimento específico. Ou seja: trata-se de negócio jurídico cujos efeitos repercutem em um procedimento atual ou futuro, sem qualquer confinamento temporal ou topográfico, o que revela importante evolução técnica, já que persistem entendimentos doutrinários no sentido de que se trataria de negócio extrajudicial. Com o novo dispositivo, essa discussão felizmente estará superada.

No que tange às limitações à convenção sobre a distribuição do ônus da prova (constantes, como já citado, nos dois incisos do parágrafo terceiro do artigo 373), tem-se no inciso primeiro que não pode recair sobre direito indisponível da parte, o que não ocasiona motivos para maiores dilações, à exceção de um interessante posicionamento, apresentado pelo professor Fredie Didier Jr.¹⁸, que visa a permitir a convenção com direito indisponível como objeto:

¹⁷GODINHO, op. cit., p. 239

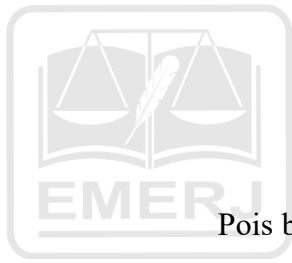
¹⁸DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 142-143.

Parece-nos que bastaria ao legislador tratar da segunda hipótese: é vedada a convenção sobre ônus da prova que torne excessivamente difícil o exercício de um direito – o que vale para os direitos disponíveis ou indisponíveis. Sim, porque se a convenção firmada recai sobre fatos ligados a direito indisponíveis tornando mais fácil para a parte a comprovação desses fatos, obviamente que ela não poderia ser invalidada. O que o inciso I pretende é evitar que um direito indisponível deixe de ser exercido por dificuldades quanto à prova dos fatos que lhe são subjacentes – caso em que a convenção sobre o ônus da prova poderia representar, por via oblíqua, a própria disponibilidade do direito.

No que diz respeito à vedação do inciso II, que proíbe que o negócio jurídico processual que verse sobre ônus da prova gere uma prova diabólica, é certo que tal proibição já se encontra expressamente positivada, quando há envolvimento de uma parte vulnerável, na cláusula geral de negociação processual. Esta cláusula encontra-se no artigo 190, também do Código de Processo Civil, e possui tal nomenclatura por permitir a negociação de diversas outras questões atinentes ao processo, tal como seu procedimento, faculdades e deveres processuais, dentre outros. O seu parágrafo único é expresso ao apontar a possibilidade do controle judicial da validade do negociado, principalmente quando alguma parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade.

É certo que o artigo 373, §3º, inciso II, trata de forma especial do ônus probatório enquanto o artigo 190, como já dito, é uma cláusula geral que permite convenções acerca de diversas matéria processuais. O imbróglio emerge quando se confronta os dispositivos, pois o artigo 190 apresenta a possibilidade de controle de validade do entabulado quando há vulnerabilidade de alguma das partes, enquanto o artigo especial não faz tal ressalva.

Basta pensar em um negócio jurídico processual pactuado antes de eventual processo, por partes plenamente capazes e em situação paritária - por todos e quaisquer vieses imagináveis: estrutural, técnico-jurídico, financeiro, empresarial. Se, posteriormente, em sede judicial, viesse a surgir a chamada prova diabólica para a parte que originariamente não teria aquele ônus, o que aconteceria com tal negócio? O artigo 190, que trata da cláusula geral de negociação, não permitiria o controle, pois nenhum dos negociantes era abarcado por qualquer vulnerabilidade. Ademais, ter-se-ia que aplicar o dispositivo especial, justamente em razão de sua especialidade, como ensinam os clássicos metacritérios construídos por Norberto Bobbio no que tange à solução de antinomias de primeiro grau.



Pois bem, parcela da doutrina processualista restringe a incidência da norma especial - artigo 373, §3º, II – aos contratos de adesão em relações civis e às relações de consumo. É o caso, por exemplo, de José Eduardo Carreira Alvim¹⁹:

Embora não tenha sido expresso o inc. II do §3º do art. 373, como foi a fonte que lhe serviu de inspiração, trata-se, nesse caso, de verdadeira inversão do ônus da prova, em que, pela regra processual, deveria ser suportado por uma das partes, mas acaba, por convenção entre elas, sendo suportada pela outra [...]. A hipótese disciplinada pelo inc. II do §3º do art. 373 se prende a negócios jurídicos, nos quais uma das partes se submete às normas contratuais impostas pela outra, como acontece com os contratos de adesão ou contratos padrão, em que o fornecedor, geralmente grandes empresas, com atividades monopolizadas (ou semi-monopolizadas), impõem aos consumidores, coercitivamente, determinadas cláusulas, independentemente do seu consentimento.

No mesmo diapasão parece ser a posição de Araken de Assis²⁰, que assim expõe seu posicionamento:

É mais vaga a segunda reserva, pré-excluindo negócios sobre ônus da prova que impossibilitem ou dificultem a pretensão ou a defesa (art. 373, §3º, II). O fundamento da restrição localiza-se na necessidade de garantir a igualdade das partes no tocante à paridade de armas (*Waffengleichheit*). Logo se insinua nessa rubrica os litígios envolvendo consumidores, que se presumem vulneráveis (art. 4º, I, da Lei 8.078/1990), ao menos tratando-se de pessoa natural. E, com efeito, o art. 51, VI, da Lei 8.078/1990 proíbe nas relações de consumo cláusulas que invertam o ônus da prova, protótipo das chamadas cláusulas vexatórias, subsumidas no art. 373, §3º, II, como também se entende no direito italiano. [...] Por identidade de motivos, nos contratos de adesão, em geral, opera o veto legal.

Todavia, em que pese a respeitável posição supracitada, entende-se que este aparenta não constituir o raciocínio mais consentâneo. O legislador foi claro, não tendo realizado tal limitação na regra – o que o fez quando desejou, vide o já abordado artigo 190.

Ademais, a despeito de ser mais uma especificidade do processo, afigura-se inquestionável que possui relevância ímpar dado o fato de que pode influenciar não apenas diretamente no resultado da contenda – como várias outras especificidades do processo o poderiam, se não todas -, mas de sobremaneira, pois seria responsável por dar azo a resultados totalmente descabidos e injustos, aniquilando todos os direitos da parte e distanciando-se da verdade real. Possibilitar-se-ia, se tal visão fosse implantada, que o negócio jurídico processual entabulado previamente ao processo, por partes paritárias, não sofresse qualquer controle. Por consectário lógico, poder-se-ia haver um negociante com razão e direitos,

¹⁹ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. V. 5. Curitiba: Juruá, 2015, p. 315.

²⁰ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. V.2. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 206.

porém, impossibilitado de desincumbir-se do encargo, pois surgira uma prova diabólica que, até então, era imprevisível.

No sentido de que o artigo 373, §3º, inciso II, não se aplica apenas às relações de consumo e aos contratos de adesão em relações civis²¹, dispõe Humberto Theodoro Júnior²²:

[...] ao vetar a convecção que torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito, o Código tem em mira a necessidade de não restar inviabilizado o acesso à tutela jurisdicional efetiva. Prestigia-se, com semelhante restrição, a conveniência de manter-se viável a busca da verdade real e o pleno acesso à Justiça, por meio sempre de decisão capaz de realizar o direito material, com efetividade. Reprime-se, também, a infração à boa-fé e à lealdade, que se acham asseguradas pelas normas fundamentais do processo democrático (art. 5º).

Por corolário, pelo fato de englobar a própria efetividade da tutela jurisdicional, bem como as garantias constitucionais do acesso à justiça, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, indica-se que a conformação constitucional mais adequada é aquela que se amolda com maior congruência à releitura do direito processual civil com base na Constituição Federal, no mesmo compasso da outrora trabalhada personalização do direito privado.

CONCLUSÃO

O artigo tratou de abordar um tema essencial a todo e qualquer ordenamento jurídico, que é a questão referente ao ônus probatório. Buscou-se apresentar o panorama contemporâneo, com suas regras, princípios e teorias próprias. Antes de alcançar o escopo principal do artigo - que consistia em tratar da possibilidade, já sob os ditames do Código de Processo Civil hodierno, de haver controle do negócio jurídico processual, mais especificamente da convenção processual acerca do ônus probatório entabulada, antes do processo, por partes paritárias e que viesse a apresentar, posteriormente, uma prova diabólica -, fez-se uma análise da evolução dos institutos que tangenciam o tema.

No primeiro capítulo, o autor perquiriu esquadrihar o mencionado panorama através de uma ótica constitucional, precipuamente, relatando a evolução dos direitos fundamentais e sua incidência no ordenamento pátrio, pois certo de que tal alteração naqueles direito ensejou fortes mudanças nas bases do Direito e seus corolários. No segundo capítulo, seguiu-se com as análises, porém, com olhos voltados às leis, verificando-se os elementos diretamente

²¹Parece ser, igualmente, o posicionamento de Teresa Wambier: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1129-1130.

²²THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 943.



ligados ao negócio jurídico processual, tal como a carga volitiva e seus limites – de autonomia da vontade que, sofrendo influência do tratado no primeiro capítulo, tornou-se autonomia privada – e breve abordagem comparativa ao diploma principal prévio, qual seja, o Código de Processo Civil de 1973, a fim de checar se houve mudanças no dispositivo especial quando confrontado com o atual.

Este autor concluiu que a regra geral manteve-se como era - ou seja, a regra estática do ônus da prova -, todavia, o tempo provara que tal regra, de distribuição fixa, abstrata e rígida, previamente encartada pelo legislador, não atendia aos anseios de robustecimento do material probatório, dando azo a processos carentes de efetividade no tocante à busca pela verdade dos fatos, pois não raras eram as vezes que a parte “mais fraca” da relação processual acabava sucumbindo em razão de não conseguir se desincumbir satisfatoriamente daquele ônus legalmente estipulado pelo legislador. Diante, portanto, da inquestionável constatação de que existem situações fáticas que emergem com complexidade insuscetível de prévia catalogação pelo direito positivo, a lei, a doutrina e a jurisprudência passaram a excepcionar a distribuição estática do ônus da prova, de modo que foram sendo criadas e aplicadas outras regras de inversão e dinamização estabelecidas em lei, sendo este o contexto em que surgira a teoria da distribuição da carga dinâmica do ônus da prova.

No terceiro capítulo, após preencher o artigo com o sustentáculo necessário à devida compreensão o tema, o autor apresentou o ponto nevrálgico do escopo do trabalho. Nesse sentido, tem-se que artigo 190, do Código de Processo Civil, é cláusula geral de negócios jurídicos processuais, permitindo convenção, inclusive, acerca de seus ônus, porém, prevendo o controle apenas de suas respectivas validades. Por outro lado, o artigo 373, §3º, inciso II, do mesmo diploma normativo, trata de forma especial da convenção sobre o ônus probatório, mas não faz ressalva de aplicação apenas a casos envolvendo vulnerabilidade, como defende parcela relevante da doutrina, devidamente mencionada no trabalho. Dessa forma, após intensa reflexão, o autor concluiu que a resposta do imbróglio que mais se coaduna com a Constituição Federal é aquela que permite o amplo controle, pois admitir o contrário seria negar a própria efetividade da tutela jurisdicional, bem como as garantias constitucionais do acesso à justiça, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Ademais, o legislador não limitou o controle no mencionado dispositivo, diferentemente do que fizera no artigo 190.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. V.2. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. V. 5. Curitiba: Juruá, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil/?pagina=14>. Acesso em: 07 abr, 2019.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 60. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 60. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense; 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



OS JOGOS DE VIDEO-GAMES E A REPARAÇÃO POR DIREITOS AUTORAIS

Bárbara Carneiro Paiva

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.

Resumo – O trabalho apresentado aborda o tema do direito autoral não somente no ordenamento pátrio, como também no ordenamento norte-americano. Com o advento da globalização e da internet, um simples jogo de videogame, que busca gerar entretenimento aos seus consumidores ensejou batalhas jurídicas no âmbito dos direitos autorais. O objetivo do presente é estudar se há base legal que obrigue à reparação por direitos autorais àqueles que as pleiteiam. Indaga-se como uma possível reparação por direitos autorais influenciaria nas relações dos atletas replicados em vídeo games com seus tatuadores, com a empresa criadora dos jogos e com o consumidor. O direito autoral do tatuador se exaure com a prestação de serviço ou ele deve receber reparação financeira com a replicação do seu trabalho em jogos que alcançam milhares de pessoas no mundo inteiro. No que tange aos passos de dança, quantos passos são necessários para a configuração de uma coreografia e nesse caso, como registrá-la e comprovar a inovação que caracterize uma coreografia inédita.

Palavras-chave – Propriedade Industrial. Direito Autoral. Tatuagens. Coreografias. Reparação monetária.

Sumário – Introdução 1. Estudo comparado: direitos autorais na lei brasileira e na lei norte-americana. 2. A configuração de coreografias e o caso do ator Alfonso Ribeiro contra o Fortnite. 3. A criação de tatuagens originais e o caso do SolidOak estúdio contra o NBA2K Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Os direitos autorais representam grande parte da compensação financeira recebida pelos artistas em decorrência de seu trabalho inédito. Ocorre que, com o advento da tecnologia, os jogos eletrônicos tem adicionado aos avatares replicados em sua obra detalhes como tatuagens e lucrado com a oferta e venda de comemorações em passos de danças para os jogadores online. Nesse passo, indaga-se se o lucro obtido pela empresa desenvolvedora de jogos deve ser repartido com aqueles que obtiveram sua arte incluída na obra eletrônica.

O presente estuda as relações entre as empresas produtoras de vídeo game e aqueles que clamam possuírem autoria sobre aquilo que está sendo replicados por aquelas, seja no âmbito da coreografia ou das tatuagens dos avatares dos jogadores.

Questiona-se se é possível o registro de direitos autorais do artista tatuador e coreografia de passos de dança, registro este que ensejaria em compensação financeira. Dessa

forma, objetiva-se discutir a possibilidade de registro da propriedade intelectual no que diz respeito a tatuagens realizadas em atletas com imagem pública e das coreografias de dança ambos replicados e distribuídos mundialmente.

A pesquisa será desenvolvida por meio de um estudo de direito comparado entre a lei brasileira e a lei norte-americana no que diz respeito ao ramo do direito autoral. Ademais, será realizado estudo de dois casos concretos que ocorreram nos Estados Unidos. A construção textual será baseado em estudo empírico e hipotético-dedutivo, sendo certo não haver muita doutrina e jurisprudência sobre o tema.

O primeiro capítulo versará sobre uma análise sobre o direito do artista tatuador, ou seja, se este exaure-se com a prestação de serviços ou se sua replicação enseja compensação financeira. O segundo capítulo é dedicado às coreografias de dança, o que é necessário para sua configuração inédita e em sede de replicação em jogos eletrônicos a possibilidade de reparação àquele que clama ser o seu criador.

Por fim, o terceiro capítulo, dirá respeito aos estudos de caso concretos, sendo estes o caso do ator Alfonso Ribeiro contra a empresa desenvolvedora do jogo *Fortnite* e do estúdio *SolidOakSketches* contra a empresa desenvolvedora do jogo NBA2k.

A pesquisa será desenvolvida por meio de um estudo de direito comparado entre a lei brasileira e a lei norte-americana no que diz respeito ao ramo do direito autoral. Ademais, será realizado estudo de dois casos concretos que ocorreram nos Estados Unidos.

Dessa forma, o presente será baseado em estudo empírico e hipotético-dedutivo, sendo certo não haver muita doutrina e jurisprudência sobre o tema, a pesquisadora pretende por meio de hipóteses, analisar o objeto da pesquisa.

1. ESTUDO COMPARADO: DIREITOS AUTORAIS NA LEI BRASILEIRA E NA LEI NORTE-AMERICANA

A expressão artística do autor, dá ensejo a direitos pessoais e direitos patrimoniais, estes últimos com natureza jurídica *sui generis*. Os direitos pessoais são traduzidos na paternidade da obra, ou direito de nomeação, enquanto os patrimoniais dizem respeito à reprodução, tradução, representação e adaptação da obra, dentre outros.¹

Inicialmente, em decorrência de sua faceta patrimonial, os direitos autorais foram codificados no âmbito do direito reais como direito de propriedade imaterial. Posteriormente,

¹ BARBOSA, Dennis. *Uma introdução à Propriedade Intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.17-174.

com fulcro em sua peculiaridade de ser também direito pessoal, discutiu-se a possibilidade de considerá-lo como direito personalíssimo. Por fim, optou-se pela constituição de uma nova modalidade de direito privado.²

Em decorrência do desenvolvimento do tema no âmbito internacional, houve a internalização de diversos tratados no âmbito nacional, dentre eles diplomas internacionais provenientes da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, a convenção internacional de Berna e Convenções Interamericana, a exemplo de Rio e de Washington.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXVII e XVIII, b concede aos autores direito exclusivo a utilização, publicação e reprodução de suas obras, além da fiscalização de seu aproveitamento econômico. Segundo Bittar, o direito de autor é a disciplina das relações jurídicas entre o autor e sua obra e o explorador econômico.³

No âmbito infraconstitucional, os direitos autorais e conexos são regulados pela Lei nº 9.610/98⁴. A proteção da lei nacional recai sobre a forma que reveste as ideias.⁵ A lei de direitos autorais, protege tanto os direitos morais, que são irrenunciáveis e inalienáveis, quanto os direitos patrimoniais, que são vitalícios ao autor e perduram por setenta anos após sua morte.

Em relação à reprodução não autorizada do trabalho do autor, nos moldes do art. 108 da Lei nº 9.610/98⁶, o artista possui o direito à indenização por danos morais e seu reconhecimento como autor da obra replicada. Outrossim, em caso de revenda, este possui, ainda, direito a cinco por cento sobre o aumento do preço, com fulcro o art. 38 da referida lei, sob pena de o revendedor ficar como depositário do valor devido.

Há três sistemas jurídicos que regulamentam o momento do nascimento do direito autoral, o individual, o coletiva e o comercial. No Brasil, em decorrência da adoção da Convenção de Berna, vigora o sistema individual, ou seja, o direito sobre a obra nasce com a sua criação e não há necessidade de registro, que é tratado como opcional.⁷

Nos Estados Unidos, adotava-se o sistema comercial, de forma que se protegia a obra na ótica objetiva. Ou seja, o *copyright*, apesar de ser concedido ao titular da criação, além do registro da obra, obriga que o autor se adeque às formalidades determinadas pela Convenção

² BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4 ed.. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 8-10.

³ Ibidem, p.19.

⁴ BRASIL. *Lei 9.610*, de 19 de Fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

⁵ BARBOSA, op. cit., p.172-174.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁷ BARBOSA, op. cit., p.172-174.

de Genebra, visando o estímulo da ciência e da cultura.⁸Atualmente, a lei norte-americana não exige mais o registro como condição para proteção aos direitos autorais, esta é automática.⁹

Em 1989, os Estados Unidos da América, se tornaram signatários da Convenção de Berna, conforme o Brasil. Portanto, após essa data, o registro deixou de ser um elemento constitutivo do direito autoral, sendo a proteção automática da data de sua criação. Ocorre que, a corte norte-americana tem exigido o registro como pré-requisito em processos judiciais.¹⁰

Sua inclusão no ordenamento jurídico norte-americano ocorreu no advento da Constituição de 1789. O art.1º¹¹, seção 8 da carta magna concedeu ao Congresso a competência para promover o progresso da arte e da ciência assegurando aos autores direito exclusivo sobre suas criações para que pudessem se beneficiar financeiramente destas sem que fosse instituído um monopólio da criatividade.¹²

Em 1790, o Congresso norte-americano editou o *Copyright Act*, no qual era concedida aos autores proteção por 14 anos, prorrogáveis pelo mesmo período. Tal regra foi revisada em 1976 com o *Copyright Act*, que entrou em vigor no ano de 1978 e ensejou diferentes proteções a depender de quando o trabalho foi editado. Nesse passo, caso a criação tenha ocorrido após primeiro de Janeiro de 1978, o criador, em regra, goza de proteção vitalícia que se estende por 70 anos após sua morte, similar à lei brasileira. A matéria foi positivada em 1947, com a promulgação do *Title 17 of the U.S Code*.

No caso do presente estudo, trata-se de reprodução de obras de autores que desejam receber direitos autorais sobre suas criações. Nesse passo, no que tange à reprodução de material submetido ao *copyright*, a seção 106 do *Copyright Act* de 1976 é sua norma reguladora.

Esses direitos são limitados pela doutrina do *Fair Use*. Trata-se de uma construção jurisprudencial das cortes norte-americanas para determinar o que seria o uso justo ou abusivo do *copyright*.¹³ Entretanto, a restrição de compartilhamento do material submetido ao *copyright* não pode ser óbice ao interesse público e desenvolvimento da cultura e da ciência, desde que não causem prejuízo financeiro ao autor.

⁸ BITTAR, op. cit., p. 8-10.

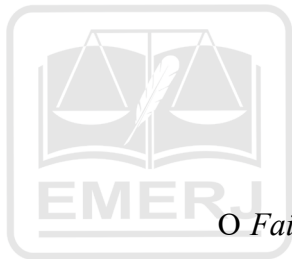
⁹ LITMAN, Jessica. *Digital Copyright*. 2. ed. Nova Iorque: Prometheus Book, 2006, p.15.

¹⁰ GORMAN, Robert A. *Copyright law*. 2. ed. Washington DC: Federal Judicial Center, 2005, p.97.

¹¹ ESTADOS UNIDOS. *The Constitution of the United States of America*. Disponível em: < <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CONAN-1992/pdf/GPO-CONAN-1992-6.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2019.

¹² MARION, James. *An Act of the Encouragement of Learning – Copyright Law Then and Now*. São Francisco 2015. Disponível em: < <https://www.sfbar.org/forms/sfam/q32015/copyright-law-now-and-then.pdf>> Acesso em 20 abr. 2019.

¹³ GORMAN, op. cit., p.139.



O *Fair Use*, portanto, deve ser decorrer da avaliação do caso concreto, não havendo possibilidade de determinação de rol taxativo das hipóteses de sua incidência.¹⁴ Há, entretanto, nos moldes da seção 107 do *Copyright Act* de 1976, quatro fatores que devem ser levados em consideração na hora análise.

O primeiro deles é o propósito do uso, se é comercial ou educacional sem fins lucrativos. O segundo é a natureza do trabalho submetido ao *copyright*. O terceiro é a quantidade de material reproduzido e o último é o efeito que a citação da obra vai ter no valor comercial ou de mercado do trabalho.

Com o advento de novas tecnologias, Lawrence Lessig¹⁵ afirma que a forma com que os seres humanos compartilham e criam cultura encontra-se dispare da lei, no sentido de que a legislação não consegue se atualizar com a mesma rapidez. Nesse passo, o autor defende o ideal da cultura livre, afirmando que a sociedade está imersa em uma cultura da permissão.

Portanto, busca-se no presente estudo compreender com é de suma importância a manutenção da legislação e jurisprudência contemporâneas à evolução da criação e compartilhamento desta. Há necessidade de compensação aos artistas pela reprodução de suas obras inseridas nos jogos de vídeo games, como danças e tatuagens, sem que haja, entretanto, um monopólio do *copyright*.

2. A CONFIGURAÇÃO DAS COREOGRAFIAS E O CASO DO ATOR ALFONSO RIBEIRO CONTRA O FORTNITE

Na Grécia antiga, filósofos como Platão e Aristóteles, buscavam compreender não somente a lei, justiça e virtude, como também o domínio da arte e seu impacto nas relações sociais, influenciando no comportamento moral do homem.¹⁶

Nesse passo, com fulcro na obra teoria de Croce, define-se como expressão artística, a conversão de sentimentos do artista em uma forma, substanciada pelo termo final da criação.¹⁷ Dentre as inúmeras formas de arte presentes cultura mundial, destaca-se, com base na análise jurídica objetivo do presente trabalho, a dança. Os primeiros registro desta datam da Idade da Pedra, imortalizada por pinturas rupestres.

¹⁴ *Ibidem*. p. 140.

¹⁵ LESSIG, Lawrence. *FreeCulture – how big media uses technology to lockdown culture and control creativity*. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004, p.10. Disponível em <<http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2019

¹⁶ NUNES, Benedito. *Introdução à Filosofia da Arte*. 4. ed, São Paulo: Ática, 1999, p.5.

¹⁷ *Ibidem*. p. 34.

Assim como na música, foi criado um sistema de signos gráficos para criar, no papel, o repertório, conhecido como coreografia. O primeiro registro de notação da dança foi encontrado no século XV, na Catalônia, e consistia em manuscritos que registavam cinco passos, que formavam coreografias diferentes da *bassedanse*.

Em sua obra *Domínio do Movimento*, Laban escreve que uma literatura da dança, escrita em símbolos de movimento, tem por objetivo treinar o corpo para que este seja um instrumento de expressão.¹⁸ Para tanto, utiliza-se, na notação da dança, o sistema Laban, o qual foi o primeiro método de notação a ser aceito como forma de copyright em 1952 e a notação de Benesh. Em sede de proteção aos direitos autorais, comparar-se-á, a lei brasileira e a lei americana.

No Brasil, o art. 7º, IV da Lei nº 9.610/98¹⁹ determina que são protegidas as criações do espírito expressas por qualquer meio ou ficadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, estando incluídas as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução se fixe por escrito ou qualquer outra forma. Pela lei brasileira, não é preciso registro para que seja concedida a proteção ao direito autoral do artista, entretanto, o registro confere maior segurança em matéria probatória em caso de evento danoso.

Contudo, não há definição na lei brasileira de órgão competente para a realização do registro. Logo, com fulcro nos art. 19, caput, da Lei nº 9.610/98²⁰, o registro poderá ser realizado junto à Biblioteca Nacional e às Escolas de Música e Belas Artes da UFRJ. A proteção conferida pela lei é de 70 anos contados a partir de 1º de Janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor.

Conforme exposto no artigo anterior, nos Estados Unidos, uma obra recebe proteção de *copyright* no momento em que é criada por seu autor, sendo certo que o caso da dança não é diferente. Para a buscar provimentos financeiros em decorrência do seu direito de autor, devem ser preenchidos os seguintes requisitos.²¹ O primeiro é enquadrar-se nos termos do Copyright Act de 1976²², que determina como passível de proteção legal dos direitos autorais as coreografias e as pantomimas.

O segundo requisito é tratar-se de um trabalho original e disposto em um meio tangível de acesso, podendo este ser via vídeo, textos, fotos, desenhos ou a partitura, sendo

¹⁸ LABAN, Rudolf. *Domínio do movimento*. São Paulo: Sumuss, 1978, p. 38.

¹⁹ BRASIL, op.cit., nota 4.

²⁰ Ibidem.

²¹ SAUCIER, Adelaide. *Dance and Copyright: Legal “steps” for performers*. 2018. Center of Art Law. New York Disponível em: <https://itsartlaw.org/2018/10/30/dance-and-copyright-legal-steps-for-performers/> Acesso em: 24 mai. 2019.

²² ESTADOS UNIDOS. *Copyright law of the United States*. >Disponível em: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2019.

esta a mais segura. De acordo com a jurisprudência norte-americana²³, original é definido como criação independente do coreógrafo com certo grau de inovação.

Por sua vez, coreografia é definida como a composição e arranjo de movimentos organizados.²⁴ Nesse passo, atividade motoras ordinárias, danças sociais ou curtas, gestos e movimentos atléticos, dentre outros, não se qualificam para a proteção concedida aos direitos autorais.

A coreografia geralmente é acompanhada de música ou elementos textuais, a ser apresentada a uma plateia, por indivíduos aptos, em uma sequência definida de movimentos rítmicos a serem realizados por um ou mais dançarinos. Cabe ressaltar que a proteção não alcança os demais elementos presentes na apresentação, aquela se estende apenas aos movimentos coreografados.

Em sede judicial, meios tangíveis de demonstração da coreografia diferentes, como por exemplo, partituras e fotos, não impedem a violação ao direito autoral. O ilícito que enseja a reparação pode consistir no plágio parcial ou total da coreografia. O artista que tiver seu direito infringido pode pleitear pelos danos materiais e pelos lucros cessantes.²⁵

No que tange à indenização pelo evento danoso, caso não seja possível a comprovação do valor de danos morais ou lucros cessantes, o Copyright Act institui uma terceira categoria de remuneração. Os danos estatutários tem seu valor definido pela lei e variam entre \$750 e \$30.000,00, a ser fixado após a análise da gravidade da infração.

Isto posto, é prática comum das empresas de vídeo games a inclusão de danças em seu catálogo de vendas à disposição dos usuários. As empresas disponibilizam diferentes modalidades de danças populares para que o usuário equipe seu avatar em troca das moedas virtuais do jogo. Cabe ressaltar que tal moeda virtual pode ser adquirida por tempo investido no jogo ou por meio de compra, na qual o jogador transfere à empresa um montante financeiro em troca de moedas virtuais.

Dessa forma, resta claro que as empresas de vídeo games lucram com essas transações financeiras, motivo pelo qual os autores entendem ser devida a eles uma compensação financeira pelo uso de sua coreografia. O ator Alfonso Ribeiro, que interpretava o personagem Carlton na série “Um Maluco no Pedaco”, processou a empresa Epic Games, que desenvolveu o jogo Fortnite, pelo uso indevido da dança que realizava na série de tv.

²³ Definido pela corte em *Feist Publications vs. Rural Telephone Service*

²⁴ ESTADOS UNIDOS. *Copyright registration of choreography and pantomime*. Disponível em: ><https://www.copyright.gov/circs/circ52.pdf>< Acesso em: 20 jul. 2019.

²⁵ SAUCIER, op. cit.

Nesse passo, o ator buscava reparação pelo uso da dança chamada “the Carlton”. A Suprema Corte americana, entretanto, decidiu que a rotina realizada pelo ator era considerada simples e por isso não era passível da proteção dos direitos autorais. Dessa forma, Ribeiro teve negado seu pedido de registro da rotina e desistiu da demanda judicial.

Ademais, no que diz respeito à possibilidade de buscar em juízo reparação em face das empresas desenvolvedoras de vídeo game pelo uso indevido de coreografias, a Suprema Corte determinou que só possui direito subjetivo à persecução judicial aquele que detiver registro finalizado junto ao Copyright Office, conforme precedente definido na análise do caso *FourthStatePublicBenefitCorp v. Wall Street.com. LLC*. A proteção dada após o registro do direito autoral, entretanto, é retroativa, visando vedar ao enriquecimento sem causa daqueles que cometeram o ato ilícito.

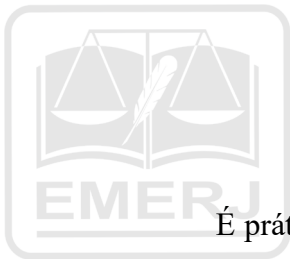
3. A CRIAÇÃO DE TATUAGENS ORIGINAIS E O CASO DO SOLID OAK SKETCHES CONTRA O NBA2K

Com fulcro no art. 3º da Convenção de Berna, são protegidas pela tutela dos direitos autorais as obras originais, suas adaptações ou transformações, sem prejuízo do autor. Dessa forma, cabe indagar se a reprodução similar de tatuagens em plataformas digitais é passível de proteção original jurídica.

Isto posto, a título didático, busca-se a compreensão da arte em forma de tatuagem em um primeiro momento a fim de diferenciar a produção artística do tatuador da prestação de serviço realizada por este quando apenas fixa na pele do cliente um desenho sobre o qual não possui direitos patrimoniais ou morais, conforme expostos no primeiro capítulo do presente estudo.

Há registro de povos anciões navegadores, como os encontrados no ártico, na ilha de São Lourenço, próximo ao mar de Bering, que utilizavam tatuagens como meios de proteção e sacrifício sobrenatural aos deuses em suas aventuras ao mar.²⁶ Tatuagens podem ser utilizadas tanto como símbolo de pertencimento e proteção, quanto como forma de expressão da persona do indivíduo. Logo, salienta-se que o ser humano procura maneiras de se destacar e individualizar perante a sociedade. A expressão de sua personalidade pode ocorrer por meio de tintura no cabelo, acessórios, roupas e tatuagens.

²⁶ GILBERT, Steve. *Tattoo History: A Source Book*. Nova Iorque: Juno Book, 2000, p. 172



É prática comum às marcas de roupas o envio de produtos à personalidades com um grande número de fãs ou seguidores para exposição da sua marca. Há, nesse caso, um contrato verbal implícito por meio do qual a personalidade expõe à mídia os produtos recebidos da marca em troca de seu recebimento gratuito. Assim como as roupas utilizadas, as tatuagens dessas personalidades, como atletas, estão expostas de forma constante nos veículos de comunicação, sendo certo que não há compensação ao tatuador, como há a compensação indireta à marca de produto que auferir lucro da aparição do atleta.

Nesse passo, nos Estados Unidos, o estúdio de tatuagens *SolidOak Sketches* ingressou com uma ação contra a *2K GAMES, INC* e *Take-TwoInteractive Software*, responsável pelo desenvolvimento do jogo NBA2k, pela reprodução das tatuagens exibidas pelos jogadores LeBron James, Eric Bledsoe e Kenyon Martin.

Alega o autor ter adquirido os direitos autorais sobre as tatuagens dos jogadores e postula pela compensação financeira decorrente de reprodução destas em jogos de vídeo game, por meio dos quais a empresa desenvolvedora auferir lucro. Em declaração à corte americana, o atleta LeBron James declarou que as tatuagens fazem parte de sua persona, pelas quais expressa sua identidade e que acredita possuir o direito de licenciar sua imagem.

Dessa forma, insta salientar que o objetivo da demanda não é censurar o atleta de ostentar a arte em público ou como parte da sua persona, de sua identidade, ou que essa seja vinculada na televisão na transmissão de partidas da NBA. No caso em tela, discute-se se a empresa de vídeo-game, que ao reproduzir a arte em um conteúdo no qual auferir lucro, deve compensar financeiramente o seu criador.

Em sua defesa, os réus alegaram que as tatuagens presentes no jogo são mínimas para ensejar uma compensação por violação ao direito autoral. Enquanto o autor afirma que a reprodução de sua obra viola o *fair use*, uma vez que a proposta da ré em reproduzir a realidade o mais fielmente possível, culmina na cópia do trabalho de arte protegida pelos direitos autorais.

Cabe ressaltar que no caso em tela, LeBron James era capa da versão de aniversário de 20 anos do jogo 2k19, motivo pelo qual sua imagem estava incluída em grande parte das ações promocionais para a venda daquele. Nesse passo, resta claro que grande parte dos lucros auferidos pela empresa com a venda dos jogos de vídeo game estava associada à divulgação da imagem do atleta.

Nessa seara, ainda cabe destacar o caso de *Christopher Escobedo v. THQ Inc*, no qual o tatuador Escobedo, clamou à corte seu pleito de indenização pela reprodução irregular de seu trabalho no lutador Carlos Condit. A tese jurídica sustentada pelo autor é de que ante a

inexistência de acordo entre as partes na qual o tatuador conceda ao cliente direitos sobre a arte, aquele permanece como sujeito do direito autoral.

Isto posto, indaga-se se há caracterização de arte pelo trabalho do tatuador ou somente uma prestação de serviço. Dessa forma, hão de ser observadas duas situações distintas. A primeira é a que o cliente chega com o desenho pronto para o tatuador e este somente o passa para a pele daquele. Nesse caso, há a caracterização da prestação de serviços.

No contrato de prestação de serviço, qualquer serviço lícito pode ser contratado mediante retribuição²⁷. Assim, após a prestação e o pagamento da contraprestação, finda-se o contrato e não há mais deveres e direitos entre as partes. Dessa forma, o prestador de serviço já auferiu sua compensação financeira pelo serviço prestado e não há que se falar em direitos autorais.

No que tange ao processo de criação da tatuagem, após ser consultado, o tatuador passa a desenvolver o *sketch*²⁸, ou seja, o desenho o qual vai ser fixado na pele na pele do cliente. Após a fixação do *sketch*, o tatuador passa então ao uso da tinta para imortalizar a arte na pele do cliente. Nesse passo, em caso de criação do *Sketch* pelo tatuador, deverá ser conferida a este a proteção dada aos direitos autorais, sendo certo que foram alcançados os quesitos para classificação desta como inovação criativa.

O *Copyright Act* de 1976²⁹, determina que a tutela da produção dos direitos autorais será concedida aos artistas que cumpram três requisitos. O primeiro requisito é a criação de um trabalho que seja protegido pelo ato, no caso em tela, trata-se do desenho, ou seja, do *Sketch*. Caso se trate de uma criação própria do tatuador, a este deve ser concedida a mesma proteção dada ao pintor que gera uma obra nova na qual investiu sua criatividade.

O segundo requisito é criação original e trabalho novo, ou seja, no caso em que o tatuador não apenas reproduz uma arte nova e investe no *sketch* elementos que advenham do seu processo criativo como artista, deve ser preenchido esse quesito. O terceiro, por sua vez, é o meio tangível no qual a criação deve estar fixada, sendo certo que esta é a pele do cliente.

Portanto, resta claro tratar-se de violação ao direito de reprodução de trabalho protegido por direitos autorais. Assim, faz o tatuador jus a compensação pela obra na qual investiu sem tempo, criatividade e essência como artista, ou seja, aquela a qual desenvolveu a arte desde o *sketch*.

²⁷ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm > Acesso em: 29 set. 2019.

²⁸ BUCHANAN, Fip. *Drawing & Designing Tattoo Art*. ed. Cincinnati: Impact books, 2013, p.83-84.

²⁹ ESTADOS UNIDOS. op. cit. nota 23.



Isto posto, nos moldes do art. 29, da Lei nº 9.610/98³⁰, não é possível reproduzir obra parcial ou integralmente sem a anuência do autor, cabendo a este compensação financeira. Nesse passo, nos termos do art. 30³¹, § 2º, da referida lei, em caso de reprodução, deve ser informado ao autor para que a este seja permitida a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração. É exclusivo ao autor, de forma inalienável e irrenunciável, utilizar e dispor de sua obra artística de forma exclusiva, sendo devida reparação em caso de cópias não autorizadas, o que não ocorreu no caso em tela.

Nos Estados Unidos, o direito autoral considera-se violado quando uma obra protegida pelo *copyright* é reproduzida sem autorização do autor. Nessa seara, quando caracterizado o *fair use* não há violação aos direitos autorais. Em sua maioria, recaem sobre duas categorias, comentários e paródias. Caso não seja considerado como *fair use*, é devido ao autor reparação pela violação.

Para que haja comprovação em juízo da violação ao direito autoral, deve o autor provar que seu trabalho foi realmente copiado pelo réu e que esta cópia é ilegal em decorrência das similaridades protegidas, conforme precedente fixado na análise do caso *Peter F. Gaito Architecture, LLC v. Simone Dev. Corp.* O teste substancial de similaridade busca determinar se um homem médio conseguiria reconhecer que a cópia foi retirada de uma obra protegida pelo *copyright*, nos termos do precedente definido na análise do caso *Knitwaves, Inc v. LollytogsLtd.(Inc)*.

A compensação financeira em sede de direitos autorais, nos Estados Unidos, se dá com base em lucros, danos e danos estatutários. Estes serão devidos quando não for possível ao julgador determinar de forma definitiva o valor do dano, variando entre \$700 e \$30.000,00 a serem arbitrados em decorrência do evento danoso.³²

CONCLUSÃO

Posto o objeto de estudo no curso do presente trabalho, resta claro a necessidade de indenização daqueles que detém os direitos autorais sobre as coreografias de dança e tatuagens incluídas em jogos de vídeo game. Esta decorre do lucro auferido pela empresa com a venda dos jogos e da moeda virtual que os usuários podem adquirir para equipar seus avatares.

³⁰ BRASIL, op. cit. nota 4.

³¹ Ibidem.

³² ESTADOS UNIDOS, op. cit, nota 23.

No caso do ator Alfonso Ribeiro e Fortnite, conforme já determinado pela Suprema Corte norte-americana, aquele não fazia jus à tipificação dos seus movimentos como coreografia, por configurar uma rotina simples. Ademais, o autor não detinha registro junto ao *CopyrightOffice*, motivo pelo qual, mesmo que a rotina tivesse sido considerada como coreografia, aquele não teria direito à indenização decorrente do uso indevido desta.

Dessa forma, resta claro que, caso a rotina de dança seja considerada coreografia e atenda aos requisitos dispostos pelo *Copyright Act*, poderá pleitear em juízo aquele tiver seu direito violado, para tanto, deverá possuir registro junto ao *Copyright Act*. Cabe destacar que o a proteção concedida pelo registro é retroativa, para evitar a violação do *fair use*.

No que tange ao caso do *SolidOak Sketches* contra a *2K GAMES INC* e *TakeTwoInteractive Software*, caso seja comprovado perante a corte que a empresa de tecnologia estava reproduzindo a obra sobre a qual o estúdio detém os direitos autorais, sem sua prévia autorização, caberá a compensação financeira.

Isto posto, insta salientar que, nos casos nos quais o tatuador cria o *sketch*, incidindo sobre este a criação e liberdade artística do autor, deverá sobre este recair a proteção dada aos direitos do autor. Há de ressaltar que da mesma forma que os pintores fazem uso de telas para suas expressões artísticas, os tatuadores utilizam-se da pele, sendo certo que há mais exposição da obra se esta estiver em um atleta como LeBron James, do que em uma pintura exposta em um museu, motivo pelo qual deve ser concedida aos tatuadores, a mesma proteção que é concedida aos pintores.

Nesse caso, a relação jurídica não se exaure com a prestação de serviço, ou seja, o tatuador não somente passa para a pele do cliente um desenho pré-concebido. Há preenchimento dos requisitos para configuração de arte e concessão da proteção aos direitos autorais, com fulcro no *Copyright Act*.

Portanto, tanto as coreografias quanto as tatuagens, em sede de jogos de vídeo games, devem auferir aos seus respectivos autores compensação por seu uso, sob pena de enriquecimento ilícito da empresa desenvolvedora dos jogos.

Em decorrência dos casos estudados no presente trabalho terem ocorrido nos Estados Unidos, a compensação deve ser arbitrada de acordo com o *CopyrightAct* norte-americano, que determina a indenização pelo valor do dano causado pelo ato ilícito de reprodução não autorizada. Caso não seja possível a comprovação do valor de danos morais ou lucros cessantes, o *Copyright Act* institui uma terceira categoria de remuneração, os danos estatutários, que tem seu valor definido pela lei e variam entre \$750 e \$30.000,00, a ser fixado após a análise da infração aos direitos autorais.

BARBOSA, Dennis. *Uma introdução à Propriedade Intelectual*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4 ed.. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < [http:// planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406](http://planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406) > Acesso em: 29 set 2019.

_____. *Lei nº 9.610*, de 19 de Fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

BUCHANAN, Fip. *Drawing&DesigningTattoo Art*. ed. Cincinatti: Impact books, 2013.

GORMAN, Robert A. *Copyright law*. 2. ed. Washington DC: Federal Judicial Center, 2005.

ESTADOS UNIDOS. *The Constitutionofthe United StatesofAmerica*. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CONAN-1992/pdf/GPO-CONAN-1992-6.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2019.

_____. *Copyright lawofthe United States*. Disponível em: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. *Copyright registrationofchoreographyandpantomime*. Disponível em: ><https://www.copyright.gov/circs/circ52.pdf>< Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. *Peter F. Gaito Architecture, LLC v. Simone Dev. Corp.* Disponível em: <<https://casetext.com/case/peter-f-gaito-architecture-v-simone-development>> Acesso em: 30 set. 2019.

_____. *FourthEstatePublicBenefitCorp. vs. Wall Street.com,LLC*. Disponível em <<https://www.scotusblog.com/case-files/cases/fourth-estate-public-benefit-corp-v-wall-street-com/>> Acesso em: 25 set. 2019.

_____. *Knitwaves, Inc. v. LollytogsLtd. (Inc.)*. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1182935.html>> Acesso em: 30 set. 2019.

GILBERT, Steve. *TattooHistory: A Scource Book*. Nova Iorque: Juno Book, 2000.

LABAN, Rudolf. *Domínio do movimento*. São Paulo: Sumuss, 1978.

LESSIG, Lawrence. *FREE CULTURE – how big media uses technologyto control creativity*. 1 ed. Nova Iorque: The Penguin Press, 2004.

LITMAN, Jessica. *Digital Copyright*. 2. ed. Nova Iorque: Prometheus Book, 2006.

MARION, James. *An Act of the Encouragement of Learning – Copyright Law Then and Now*. São Francisco 2015. Disponível e: <<https://www.sfbar.org/forms/sfam/q32015/copyright-law-now-and-then.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2019.

NUNES, Benedito. *Introdução à Filosofia da Arte*. 4.ed, São Paulo: Ática, 1999.

SAUCIER, Adelaide. *Dance and Copyright: Legal “steps” for performers*. 2018. Center of Art Law. New York Disponível em: <https://itsartlaw.org/2018/10/30/dance-and-copyright-legal-steps-for-performers/> Acesso em: 24 mai. 2019.



ANÁLISE SOBRE O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E SUA APLICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Bárbara Maria Pinto Nascimento Gomes

Graduada pela Fundação Getúlio Vargas-FGV
Direito Rio. Advogada.

Resumo – A questão do foro por prerrogativa de função sempre ensejou grandes controvérsias devido à possibilidade de impunidade nos crimes cometidos por autoridades. Nesse contexto, o presente artigo pretende trazer reflexões sobre as mudanças no tratamento constitucional do instituto do foro por prerrogativa de função, bem como as alterações jurisprudenciais sobre o tema e sua compatibilidade com os principais axiomas jurídicos do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Foro por prerrogativa de função. Evolução normativa. Análise jurisprudência STF. Compatibilidade com axiomas jurídicos.

Sumário – Introdução. 1. O tratamento do instituto do foro por prerrogativa de função nas constituições brasileiras. 2. Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o foro por prerrogativa de função. 3. Axiomas jurídicos e o instituto do foro por prerrogativa de função. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica procura discutir a abordagem constitucional do instituto do foro por prerrogativa de função e suas definições e aplicações pelo Supremo Tribunal Federal. Ao longo do trabalho procura-se demonstrar que o tratamento que é concedido ao foro por prerrogativa de função pela Suprema Corte gera consequências diretas na efetividade do instituto.

A fim de atingir o objetivo supracitado, ao longo do trabalho será abordado o tratamento constitucional conferido ao instituto pelas constituições promulgadas no Brasil, desde a Constituição de 1824, bem como os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema.

O estabelecimento de competência penal em razão de foro especial por prerrogativa de função possui origem na Antiguidade clássica, sendo elaborado na Idade Média, desenvolvido na Era Moderna e aplicado em diversos países até a atualidade.

A Constituição Federal de 1988 regula a prerrogativa objeto de estudo limitando sua aplicação às condutas tipificadas como ilícitos penais ou crimes de responsabilidade. Todavia, o rol de agentes públicos que se submetem ao instituto é amplo, abarcando autoridades como

chefes dos Poderes Executivos, Ministros de Estado, membros do Poder Legislativo, do Judiciário, do Ministério Público entre outros. Em razão do amplo rol de sujeitos passivos de aplicação desse instituto fica evidente sua importância no julgamento das ações judiciais.

Os julgamentos e entendimentos do Supremo Tribunal Federal ainda estão em desenvolvimento. Assim sendo, considera-se que a Suprema Corte ainda está criando e moldando os contornos que definem a aplicação do instituto. Por esse motivo, ao longo desse trabalho são analisadas decisões recentes e antigas proferidas pela Suprema Corte.

Dessa forma, em razão da contemporaneidade do assunto que ainda é alvo de julgamento do Pretório Excelso, bem como em virtude da notoriedade dos sujeitos que estão suscetíveis a aplicação do instituto é possível concluir que se trata de tema que merece atenção dos operadores do direito.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o tratamento e a previsão do instituto nas Constituições elaboradas no país desde a constituição do Brasil Império, passando pelas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 até a Constituição de 1988.

No segundo capítulo são analisadas decisões proferidas pela Suprema Corte que tratam sobre a prerrogativa do foro privilegiado. São estabelecidos os principais parâmetros utilizados no momento de aplicação do instituto. Ademais, verifica-se a possibilidade de mudanças no entendimento adotado.

O terceiro e último capítulo do presente trabalho trata da compatibilidade entre o instituto do foro por prerrogativa de função e importantes axiomas jurídicos que orientam a interpretação do ordenamento jurídico como os princípios da segurança jurídica, da isonomia, do juiz natural e republicano.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo uma vez que a pesquisadora construiu conjecturas baseadas em hipóteses. Assim sendo, caso sejam confirmadas as hipóteses criadas para analisar o objeto do trabalho, as mesmas serão confirmadas ou refutadas.

Para tal, o objeto do presente trabalho foi desenvolvido por meio de uma abordagem qualitativa em que foram analisados entendimentos jurisprudenciais e doutrinários pertinentes ao tema.

1. O TRATAMENTO DO INSTITUTO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÕES CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O instituto do foro por prerrogativa de função é hoje aplicado a milhares de autoridades dos Poderes Executivos, Legislativos e Judiciários de todos os entes da federação, União, Estados e Municípios, mesmo sendo alvo de muitas críticas da sociedade civil organizada.

Ocorre que, em suas previsões constitucionais iniciais, o foro por prerrogativa de função era limitado a um número restrito de pessoas. Todavia, o instituto foi sendo ampliado ao longo de sua evolução nas constituições brasileiras.

O foro especial teve sua primeira previsão no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1824¹ e, desde então, se fez presente em todas as demais constituições. Nessa previsão inicial, foi conferido ao Senado atribuição exclusiva para conhecer os delitos individuais cometidos pelos membros da família imperial, ministros de Estado, conselheiros de Estado, senadores e os delitos cometidos por deputados durante o período da legislatura.

Ainda na Carta Magna do Brasil Império ficou estabelecido que a regra é a ausência de foro privilegiado². Porém, existem demandas que em razão de sua natureza são submetidas aos juízos particulares. Dessa forma, o foro era aplicado residualmente.

Conforme as previsões da Constituição de 1824 é possível concluir que o foro é caracterizado como medida excepcional que somente será aplicado para autoridades específicas por um único órgão, qual seja, o Senado Federal.

A Constituição de 1891 ao disciplinar o tema do foro por prerrogativa de função ampliou um pouco o número de pessoas abarcadas pelo instituto. De acordo com o artigo 77³ os militares de terra e mar terão foro especial caso incorram na prática de delitos militares. Porém, o parágrafo 23 do artigo 72⁴ também estabelecia a regra geral da excepcionalidade do foro por prerrogativa de função.

¹ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 23 mai. 2019. Art. 47. E' da attribuição exclusiva do Senado I. Conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura. II. Conhecer da responsabilidade dos Secretarios, e Conselheiros de Estado.

²Ibid. XVII. A' excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.

³BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 23 mai. 2019. Art 77 - Os militares de terra e mar terão foro especial nos delitos militares.

⁴Ibid. § 23. Á excepção das causas, que por sua natureza, pertencem a juizos especiaes, não haverá fóro privilegiado.

Ademais, na primeira Constituição Republicana foram repetidos os casos de competência originária do Senado Federal para julgamento de autoridades específicas, porém, foram acrescentados os membros do Supremo Tribunal Federal, bem como, juízes federais inferiores⁵.

Já na Constituição de 1934, no mesmo sentido da ordem constitucional anterior, também houve ampliação do rol de autoridades que possuem competência originária para julgamento de ação penal na Suprema Corte.

Nesse diapasão, o artigo 76⁶ da carta da Segunda República dispõe que compete a Corte Suprema processar e julgar originariamente o Presidente da República, Ministros da Corte Suprema, Ministros de Estado, Procurador-Geral da República, Juízes dos Tribunais federais, Juízes das antigas Cortes de Apelação, Ministros do Tribunal de Contas e Embaixadores e Ministros diplomáticos.

Cumprir destacar que nos mesmos moldes da Constituição de 1824 foi disposto que a regra é a inexistência de foro privilegiado, porém, admitem-se juízos especiais em razão da natureza das causas⁷.

Durante o Estado Novo, na vigência da Constituição de 1937, manteve-se o foro das autoridades já previstas na ordem constitucional anterior. Ademais, sob a égide da Constituição Polaca foi editado o Código de Processo Penal de 1940 que também passou a prever hipóteses de incidência do foro por prerrogativa de função.

Dessa maneira, na constância desse texto constitucional restou concluído que a matéria em análise pode ser disciplinada pela legislação infraconstitucional federal como o Código de Processo Penal, o que facilita a ampliação de hipóteses de incidência do foro por prerrogativa de função.

Seguindo a análise das ordens constitucionais que já foram vigentes no país, passa-se para a análise da Constituição de 1946. Nesse momento, seguindo os movimentos das constituições anteriores, foi mais uma vez ampliado o rol de autoridades sujeitas ao foro por prerrogativa de função.

⁵ Ibid. Art 57 (...) § 2º - O Senado julgará os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade, e este os Juízes federais inferiores.

⁶ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 23 mai. 2019. Art 76 - A Corte Suprema compete: 1) processar e julgar originariamente: a) o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns; b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do 1º do art. 61;

⁷Ibid. 25) Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção; admitem-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas.

De acordo com o referido diploma constitucional restou sedimentada a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente o Presidente da República, os seus Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns e os Ministros de Estado, os Juizes dos Tribunais Superiores Federais, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de Missão Diplomática em caráter permanente, nos crimes comuns, bem como nos crimes de responsabilidade.

A Constituição de 1967, editada sob a égide do Regime Militar, seguiu a dinâmica das constituições anteriores e ampliou ainda mais o rol de autoridades a serem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessa carta constitucional foram alcançadas quase a totalidade dos membros do Poder Judiciário, excetuando apenas os juizes de direito e membros dos antigos Tribunais de Alçada, que possuíam foro por prerrogativa de função, mas ainda eram julgados pelos Tribunais de Justiça⁸.

Ainda sobre o arrimo da Constituição de 1967, mas de acordo com a Emenda Constitucional n° 1/1969, Deputados Federais e Senadores passaram a gozar de foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal. O modelo adotado com Emenda Constitucional n° 1/1969 é muito similar ao sistema adotado na atualidade.

Com o advento da atual ordem constitucional, a performance prevista nas cartas políticas anteriores foi mantida. Assim não só foi preservado o instituto do foro por prerrogativa de função, como também se ampliou significativamente este instrumento.

O Superior Tribunal de Justiça, criado na Constituição Federal de 1988, passou a ser competente para processar e julgar nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais na forma do artigo 105, I, a CRFB/88.

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 23 mai. 2019. Artigo 136 (...) § 3° - Compete privativamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar os membros do Tribunal de Alçada e os Juizes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, quando se tratar de crimes eleitorais.

Ademais, os recém-criados Tribunais Regionais Federais receberam competência para julgar os juízes federais, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral na forma do artigo 108, I, a da CRFB/88.

Nessa toada, aos Tribunais de Justiça foi outorgada competência para processar e julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade na forma do artigo 96, III CRFB, da mesma forma que os Prefeitos Municipais na forma do artigo 29, X da CF/88.

De acordo com as mudanças advindas por meio das últimas ordens constitucionais é possível concluir que foi alargado tanto o número de órgãos capacitados para realizar o julgamento de autoridades com foro por prerrogativa de função, bem como, o número de pessoas que são detentoras da prerrogativa.

2. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Depois de analisado o tratamento constitucional conferido pelos ordenamentos jurídicos pátrios vigentes ao longo dos anos ao instituto do foro por prerrogativa de função, serão estudadas decisões importantes que definiram os contornos da prerrogativa objeto deste trabalho.

Por esse motivo, neste capítulo serão abordados os principais casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que contribuíram para a criação, delimitação e aplicação do conceito de foro por prerrogativa de função.

No julgamento da Ação Penal 333⁹, em que foi analisado o caso do deputado federal Ronaldo Cunha Lima, o ministro Joaquim Barbosa proferiu as seguintes palavras: “Considero um escárnio para com a justiça brasileira e especialmente para com o Supremo Tribunal Federal.”

Cunha Lima, ex-governador da Paraíba, seria julgado pelo Plenário do STF pela tentativa de assassinato de seu antecessor no governo estadual Tarcísio Burty, crime ocorrido

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Penal 333/PB*, Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2064290>>. Acesso em: 21 set. 2019.

no dia 5 de novembro de 2003, há exatos 14 anos da data do julgamento que aconteceria na Suprema Corte¹⁰.

Nesse caso o parlamentar renunciou ao mandato na véspera do julgamento do caso pela Suprema Corte. Assim sendo, restou evidente sua tentativa de manipulação do instituto do foro por prerrogativa de função.

Cumprir destacar que nesse caso, após 14 anos de controvérsias, quando finalmente definida a data do julgamento do réu, o mesmo renunciou ao seu mandato e o crime acabou por prescrever.

Posteriormente, na Ação Penal 396¹¹, no ano de 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu mais um caso emblemático sobre o foro por prerrogativa de função. Nesse julgado fixou-se o entendimento de que apesar de o deputado Natan Donadon ter renunciado ao mandato, não retira-se a competência da Suprema Corte para julgar a ação que estava em curso contra o ex-parlamentar, acusado pelos crimes de formação de quadrilha e peculato¹².

Tal como no processo da Ação Penal 333, na Ação Penal 396 também houve renúncia do parlamentar acusado, na véspera do julgamento de seu processo pelo Supremo Tribunal Federal.

Logo após a sua renúncia, a defesa do parlamentar requereu que o processo fosse transferido para ser julgado na primeira instância com reconhecimento de perda superveniente de competência. Sustentou a defesa que o mandato de Donadon estava próximo de seu fim, e por isso deveria ser julgado pela primeira instância a fim de prestigiar o exercício dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

A relatora do processo, ministra Carmen Lúcia, entendeu que nesse caso a renúncia parlamentar se deu em razão da suspensão dos direitos políticos. Isto posto, seria irrelevante para o julgamento do processo o exercício ou não de cargo eletivo. Ademais, sustentou também, que a renúncia se tratava de “fraude processual inaceitável”.

O caso do deputado federal Natan Donadon restou consagrado como um *leading case* sobre o tema do foro por prerrogativa de função porque ficou decidido que a renúncia do parlamentar não necessariamente retira a competência da Suprema Corte para julgar a Ação Penal da qual ele foi acusado.

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministro afirma que com renúncia do deputado Federal Ronaldo Cunha Lima ação penal não será julgada pelo STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=75737>> Acesso em: 18 set. 2019.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Penal 396/RO*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2316196>>. Acesso em: 21 set. 2019.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Renúncia de deputado na véspera de julgamento não tira a competência do Supremo para julgá-lo*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalle.asp?idConteudo=164934&caixaBusca=N>> Acesso em: 18 set. 2019.

Outro caso que contribuiu para a formação dos contornos do conceito de foro por prerrogativa de função foi a Ação Penal 606¹³, em que o ex-senador Clésio Andrade foi investigado pela suposta prática dos crimes de peculato e lavagem de dinheiro.

Ocorre que nesse caso, diferentemente do processo do deputado Natan Donadon, restou decidido que os autos deveriam ser transferidos para julgamento pela primeira instância.

Trata-se de ação penal em que também houve renúncia do parlamentar quando era acusado em ação penal que tramitava no Supremo. O relator desta ação penal, o ministro Luís Roberto Barroso, apresentou um critério material que serviria de parâmetro para fixar a competência do STF nos casos de renúncia ou perda de função pública.¹⁴

Nessa perspectiva, de acordo com critério elaborado por Barroso, restou resolvido que após o final da instrução o fato de o parlamentar sair do exercício do cargo não deslocaria a competência para tribunais *a quo*.

No caso do ex-senador Clésio, como sua renúncia se deu antes do fim da instrução, ou seja, antes do marco temporal definido no novo critério, seu processo teve que ser transferido para a primeira instância.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal realizou em maio de 2018 o julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937¹⁵, na qual foi discutida a possibilidade de restringir o alcance do foro por prerrogativa de função conferido aos parlamentares.

Cumprе salientar que um dos motivos que estimulam a criação de obstáculos para que autoridades públicas tenham acesso ao foro por prerrogativa de função é a jurisprudência defensiva.

De acordo com essa tese, busca-se limitar o número de processos que chegam aos Tribunais Superiores a fim de que se alcance maior celeridade. Para tanto, diversos recursos deixam de ser reconhecidos com base em critérios formais, diminuindo a quantidade de demandas a serem julgadas.

Na Ação Penal 937, restou decidido, por maioria de votos, que os parlamentares federais só possuem foro por prerrogativa de função nos casos dos crimes que foram

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Penal 606/MG*, Relator Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4068536>>. Acesso em: 21 set. 2019.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 606: ex-senador Clésio Andrade será julgado pela primeira instância*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=272730>> Acesso em: 18 set. 2019.

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Penal 937 QO/RJ*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>>. Acesso em: 21 set. 2019.



cometidos durante o exercício do cargo eletivo e que tenham relação com as funções eletivas desempenhadas pelo deputado federal ou pelo senador.

Este novo entendimento fixado pela Suprema Corte já será aplicado aos processos em curso, porém, ficam ressalvados os atos e decisões proferidos conforme jurisprudência consolidada anteriormente.¹⁶

Neste julgamento o voto do relator, ministro Luís Roberto Barroso, foi acompanhado pela maioria dos ministros. Em seu voto o ministro também definiu que após a publicação do despacho que intima as partes para apresentação das alegações finais não há mais que se falar em alteração de competência.

Em outras palavras, o despacho que determina a intimação das partes para apresentação de alegações finais funciona como critério material para fixar tanto o fim da instrução processual quanto para determinar a competência do tribunal julgador.

Em razão da importância desse último julgado, que fixa significativo critério sobre a definição do foro, destaca-se o voto vencido prolatado pelo Ministro Gilmar Mendes. Para esse julgador, a restrição da aplicação do foro por prerrogativa de função se revela como medida incompatível com a Constituição Federal.

Destaca o ministro a importância de uma redução da amplitude do instituto do foro por prerrogativa de função, como argumento recapitula o julgamento do caso do “Mensalão” que alterou significativamente a dinâmica de julgamentos da Suprema Corte.

Contudo, entende não ser possível a realização de uma nova interpretação de dispositivos constitucionais tendo como base apenas a inconveniência do estabelecimento da competência para julgamento com base no foro por prerrogativa de função.

Superadas as controvérsias, a decisão dessa Ação Penal se apresenta como referência quanto ao tema do instituto do foro por prerrogativa de função já que aponta os novos critérios sobre esse tema.

Nessa decisão foi verificada a disfuncionalidade da previsão de um amplo rol de autoridades com foro por prerrogativa de função. Averiguou-se que esse modelo afasta a Suprema Corte do seu papel de guardião da Constituição e contribui para a ineficiência do sistema criminal.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF conclui julgamento e restringe prerrogativa de foro a parlamentares federais*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377332>> Acesso em: 18 set. 2019.

Em razão disso, foram criados critérios que buscam limitar a aplicação do foro para evitar o congestionamento dos tribunais e tornar mais eficiente o julgamento pelos Tribunais Superiores.

Assim sendo, de acordo com a análise dessas quatro importantes Ações Penais é possível concluir que a Suprema Corte ainda buscar definir os contornos do instituto do foro por prerrogativa de função de forma a permitir a melhor atuação jurisdicional do Estado.

3. AXIOMAS JURÍDICOS E O INSTITUTO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Conforme visto nos capítulos anteriores o instituto do foro por prerrogativa de função vem sofrendo mudanças gradativas tanto em razão de alterações no ordenamento constitucional vigente, como em razão de mudanças no entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, faz-se necessária uma análise reflexiva sobre os principais valores em debate quando se discute o foro por prerrogativa de função.

A doutrina¹⁷ ensina que o direito justifica-se, em grande parte, como instrumento pensado e elaborado exatamente para que os homens sintam-se seguros nas relações estabelecidas com os outros na *pólis*. Destaca-se que a Constituição de 1988 fundou um modelo de Estado que busca a aprimoração constante dos direitos consagrados em todo o ordenamento jurídico.

Assim sendo, o princípio da segurança jurídica pode ser entendido como um pressuposto para a adequada compreensão de diversos institutos jurídicos, entre eles, é possível citar o instituto do foro por prerrogativa de função.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal 937¹⁸ regulou o panorama atual do foro por prerrogativa de função. De acordo com o referido julgado restou estabelecido que as hipóteses de foro previstas na Constituição Federal devem ser interpretadas restritivamente, devendo ser aplicadas somente aos crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo e devido à função desempenhada.

Ademais, ainda em sede da Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Luís Roberto Barroso na Ação Penal 937, restou consolidado que após o final da instrução processual, com

¹⁷CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança Jurídica e a Eficácia dos Direitos Sociais Fundamentais*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 245.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 15.

a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada.

Em razão dessa mudança jurisprudencial¹⁹ é possível verificar que a adoção de uma nova orientação pode revelar um melhor entendimento sobre uma determinada questão que foi colocada para apreciação do órgão jurisdicional competente.

Porém, simultaneamente, essa nova orientação pode corrigir erros produzidos em decisões anteriores, bem como, avaliar fatos e argumentos que não foram devidamente avaliados previamente.

O Ministro relator ao tentar restringir as hipóteses de incidência do instituto do foro por prerrogativa de função e reduzir as possibilidades de alteração de competência no curso do processo buscou alcançar uma maior efetividade para o instituto.

É possível verificar que não houve violação ao princípio da segurança jurídica já que houve uma mudança suave em relação ao posicionamento adotado anteriormente. Assim, a legítima expectativa das possíveis autoridades envolvidas restou respeitada pela virada jurisprudencial.

Depois de superada a análise da relação entre o princípio da segurança jurídica e o foro por prerrogativa de função, passa-se para a análise de outro importante axioma, que deve ser respeitado no momento de definição dos contornos do foro especial.

O princípio da isonomia, postulado básico da democracia, estabelece que todos os cidadãos merecem as mesmas oportunidades, sendo defeso qualquer tipo de privilégio e perseguição.²⁰ A ordem constitucional atual é extremamente preocupada em promover este princípio e o estabeleceu como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Surge o questionamento se a mudança de paradigmas referentes à aplicação do foro por prerrogativa de função por meio de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal seria capaz de violar o princípio da isonomia.

Ocorre que a calculabilidade²¹ dos atores não restou afetada diante da nova decisão. O novo entendimento fixado na Ação Penal 937 se limitou a restringir o alcance do foro por prerrogativa de função e determinar o momento da fixação definitiva da competência do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2014, p. 478.

²⁰CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 12. ed, rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 599.

²¹BRASIL, op. cit., nota 18. De acordo com Humberto Ávila calculabilidade significa a capacidade de o cidadão antecipar as consequências alternativas atribuíveis pelo Direito a fatos ou a atos, comissivos ou omissivos, próprios ou alheios, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro se situe dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no presente.

Assim sendo, não é possível falar em violação do princípio da isonomia ou suposta perseguição para que determinadas autoridades sejam julgadas pelo Corte Suprema.

Cumprido destacar que o princípio do juiz natural²² foi respeitado já que não houve alteração das regras objetivas de competência jurisdicional. Dessa forma, permaneceu intacta tanto a independência quanto a imparcialidade do órgão julgador.

Passada a análise do princípio da segurança jurídica e do princípio da isonomia, inicia-se o exame da relação entre as alterações realizadas pela Suprema Corte no instituto do foro por prerrogativa de função e o princípio republicano.

Ensina a doutrina que o princípio republicano²³ é o responsável por garantir que todos os demais direitos e princípios constitucionais sejam assegurados e respeitados. Isto posto, tal princípio caracteriza-se como base para todos os demais, é também chamado de “princípio dos princípios”.

Neste ponto, importante destacar que a Suprema Corte proferiu importante decisão²⁴ na qual conceitua o princípio republicano referindo-se a prerrogativa de foro em infrações penais.

Diante da nítida conexão entre o princípio republicano e o instituto do foro por prerrogativa de função cabe esclarecer que na decisão que definiu os panoramas atuais do foro houve observância do princípio em estudo.

No caso ficou evidenciado que a garantia do foro por prerrogativa de função não decorre de um poder titularizado por um particular, mas sim de uma garantia alçada por toda a coletividade.

Dessa maneira, caso a infração cometida não esteja diretamente relacionada ao exercício do cargo, ela não deverá ter sua competência definida em razão do foro por prerrogativa de função. Por isso, a restrição realizada no novo entendimento reverencia o princípio republicano.

Por fim, cabe tecer comentários sobre a relação do princípio da autonomia federativa e a decisão que restringiu o alcance e o momento de fixação da competência do Supremo para julgar determinadas infrações.

Sabe-se que o Brasil é uma federação e que seus Estados e Municípios possuem autonomia. Nesse diapasão, a autonomia²⁵ é definida como capacidade de autodeterminação,

²² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Civil*. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 94.

²³ CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 81.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Plenário. Inquérito 1.376-AgR*, Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409740>>. Acesso em: 21 set. 2019.



própria do ente da federação, no círculo de competência traçado pela Constituição, exteriorizada pela tríplice capacidade: autoadministração, autogoverno e auto-organização.

Por esse motivo é facultado aos Estados e Municípios criarem hipóteses de foro por prerrogativa de função para suas autoridades. O entendimento adotado pelo STF na Ação Penal 937²⁶ também não viola o princípio da autonomia federativa já que não se imiscui na competência do Superior Tribunal de Justiça nem dos Tribunais locais. Dessa forma, restou preservada a autonomia das instituições dos demais entes federativos.

Neste ponto, cumpre realizar uma pequena ressalva de que os legisladores estaduais não podem, livremente, criar novas hipóteses de foro por prerrogativa de função. Nesse sentido, no julgamento da ADI 2553/MA²⁷ o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de dispositivo de Constituição Estadual que confere foro, no Tribunal de Justiça, para Procuradores do Estado, Defensores Públicos e Delegados de Polícia.

Ante a análise da compatibilidade dos principais axiomas jurídicos que orientam a interpretação de todo o ordenamento jurídico com o foro por prerrogativa de função é possível concluir que o instituto busca assegurar a observância de todos os princípios.

CONCLUSÃO

Esse trabalho preocupou-se em discutir a evolução do tratamento constitucional do instituto do foro por prerrogativa de função, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do instituto. Por fim, foi considerada a compatibilidade dos foros especiais com importantes axiomas do nosso ordenamento jurídico como o princípio da segurança jurídica e da isonomia.

Constatou-se que as novas ordens constitucionais ampliaram o número de autoridades sujeitas ao foro por prerrogativa de função. O movimento verificado a partir da edição de cada nova constituição é o notório aumento de cargos e funções sujeitos ao regramento dos foros especiais.

Assim sendo, é possível concluir que tanto o constituinte quanto o legislador buscam evitar que decisões judiciais sejam prolatadas em razão de influência de fatores externos ao

²⁵MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 436.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Plenário. ADI 2553/MA*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1981021>>. Acesso em: 21 set. 2019.

processo. Dessa forma, foram aumentadas as hipóteses de incidência dos foros especiais a fim de assegurar a estrutura republicana e o julgamento livre de ingerências políticas.

Prosseguindo, foi analisada a transformação da jurisprudência da Suprema Corte em relação à aplicação do foro por prerrogativa de função. Inicialmente verificou-se que o entendimento do STF permitiu que fossem realizadas fraudes processuais que acarretavam na impunidade de autoridades. Segundo julgado analisado no presente trabalho, era possível a alteração de competência em razão de renúncia ao mandato nas vésperas do julgamento após a conclusão da instrução processual.

Conforme o avanço do entendimento do Tribunal foram fixadas balizas específicas que pretendem eliminar as possibilidades de ocorrência de fraudes processuais. Restaram estabelecidos limites que determinam a competência e impedem sua alteração.

Por derradeiro, foi averiguada a compatibilidade dos novos entendimentos acerca do instituto do foro por prerrogativa de função com importantes axiomas do nosso ordenamento jurídico como o princípio republicano, da segurança jurídica, da isonomia e do juiz natural.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, que a mudança de entendimento acerca dos parâmetros e contornos do foro por prerrogativa de função não gera violação aos princípios constitucionais, visto que observa todos os direitos assegurados às autoridades públicas, bem como busca garantir maior efetividade às normas penais e diminuir os índices de impunidade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 mai. 2019.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 23 mai. 2019.



_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Penal 937 QO/RJ*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Penal 333/PB*, Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2064290>>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Penal 396/RO*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2316196>>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Penal 606/MG*, Relator Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4068536>>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Inquérito 1.376-AgR*, Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409740>>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ministro afirma que com renúncia do deputado Federal Ronaldo Cunha Lima ação penal não será julgada pelo STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=75737>>. Acesso em: 18 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Renúncia de deputado na véspera de julgamento não tira a competência do Supremo para julgá-lo*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=164934&caixaBuscaN>>. Acesso em: 18 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AP 606: ex-senador Clésio Andrade será julgado pela primeira instância*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=272730>>. Acesso em: 18 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF conclui julgamento e restringe prerrogativa de foro a parlamentares federais*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377332>>. Acesso em: 18 set. 2019.

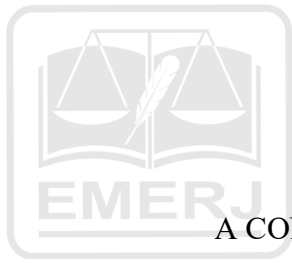
CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança Jurídica e a Eficácia dos Direitos Sociais Fundamentais*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Direly da. *Curso de direito constitucional*. 12.ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Civil – Volume único*. – 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.



A CONFIABILIDADE DO EXAME DE DNA NAS INVESTIGAÇÕES DE PATERNIDADE

Beatriz de Souza Guerra

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: o presente trabalho tem como objetivo fazer uma crítica à confiabilidade que é imputada ao exame de DNA, que vem sendo cada vez mais utilizado em processos de investigação de paternidade. Expõe-se o questionamento quanto a sacralização dessa prova pericial em prol da análise de todo lastro probatório. Trata-se de pesquisa sobre valoração dada à esse tipo de análise laboratorial e suas possíveis falhas, sem descartar as hipóteses de fraude. Evidencia-se, portanto, que o enaltecimento concedido à análise em DNA leva seu conceito de irrefutável e inquestionável. Desse modo não é levado em conta o fato de ser esta uma atividade humana suscetível à erros. Esse "misticismo" gerado em torno da análise em DNA, dificulta um entendimento mais condizente com a realidade.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. A utilização do exame de DNA nos processos de investigação de paternidade. Confiabilidade do exame de DNA.

Sumário – Introdução. 1. Confronto entre princípios na evolução histórica. 2. A valorização exacerbada do exame de DNA. 3. A falibilidade do exame de DNA.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal objetivo questionar a valorização que tem sido dada aos exames de DNA nos processos de investigação de paternidade. Almeja-se, portanto, discutir a confiabilidade nos resultados exames de DNA no âmbito dos processos de busca investigar e reconhecer paternidades.

No direito de família, mais precisamente nos processos de investigação de paternidade, o exame de DNA significa uma incansável busca pela verdade biológica, uma procura pela declaração de um resultado científico. Posto isto, o alto grau de exatidão nos exames de DNA, proporciona às partes litigantes no processo a descoberta da existência ou não de vínculos biológicos.

Com o passar do tempo, e com o aumento expressivo da credibilidade dos resultados dos exames de DNA e o conseqüente sucesso nas declarações de paternidade, as ações dessa natureza cresceram exponencialmente. A acessibilidade e o financiamento pelo Estado

atrelados ao incentivo da mídia possibilitaram que muitas famílias começassem a questionar a paternidade em seus âmbitos familiares.

Para o processo civil brasileiro, a realização do exame de DNA deveria ser apenas uma produção de prova pericial, porém o que se demonstra no direito de família é que o exame de DNA tem demonstrado valor absoluto, isto é, demonstra de maneira inequívoca e inquestionável a verdade dos fatos. Ainda que exista o princípio do livre convencimento do magistrado, pelo qual ele é livre para proferir decisão, desde que fundamente, e apenas fundamente, com base nas provas colhidas.

Nessa perspectiva, se antes do surgimento do exame de DNA o julgador fixava seu conhecimento através de provas indiretas que são chamadas de presunções e indícios acerca de relações afetivas que se formam entre os supostos pais, hoje, o resultado do exame tem o poder de embasar a convicção do juiz, que dificilmente concluirá seu convencimento com base em provas indiretas enquanto puder se valer do resultado do exame.

No primeiro capítulo pretende-se expor a evolução histórica que contribuiu para que a prova de DNA se tornasse uma das principais provas do direito processual brasileiro. Serão abordadas as fases temporais do referido exame no que tange aos princípios do devido processo legal e da livre motivação do magistrado. No mais, será averiguada a evolução da utilização do exame nos Tribunais atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Segue-se no segundo capítulo aferindo a valorização exacerbada do exame de DNA. Para tanto, serão analisadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir a aplicabilidade da norma.

O terceiro capítulo é dedicado às hipóteses em que o resultado do exame de DNA não se faz efetivo, seja ele por fraude ou erro humano. Com a finalidade de questionar a necessidade de outra prova para que as partes possam obter a verdade biológica que procuram com uma ação de investigação de paternidade.

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 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. CONFRONTO ENTRE PRINCÍPIOS NA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Pode-se dizer que o exame de DNA consiste na análise das informações genéticas que o filho herdou da mãe e do pai. Na prática, após conferida a contribuição materna do DNA do filho, é necessário verificar a contribuição paterna. Caso o suposto pai possua informações genéticas transmitidas ao filho, o resultado de sua contribuição deverá ser apresentado em termos de probabilidade de paternidade, porque trata-se de análise bastante limitada. Porém pode acontecer de nem todas as informações genéticas serem analisadas.

O exame de DNA começou a ser utilizado em processos penais para ajudar a desvendar autoria de crimes. Logo, o que antes parecia impossível de se concluir apenas com a utilização de uma prova, começou a ser comprovado mais facilmente com o auxílio das novas técnicas de exame, tornando os famosos crimes sem vestígios mais fáceis de serem desvendados.

Pode-se dizer que hoje o exame de DNA é considerado principal meio para solução de alguns crimes. Por ter alto grau de conclusão, possibilita descobrir a autoria ou identificar a participação em atos ilícitos e em crimes como o estupro, por exemplo. Ao realizar o exame biológico de fragmentos como sangue, fios de cabelo se chega ao resultado conclusivo com mais certeza do que com apenas provas indiretas.

No direito de família, mais precisamente nos processos de investigação de paternidade, o exame de DNA significa uma incansável busca pela verdade biológica, uma procura pela declaração de um resultado científico. Posto isto, o alto grau de exatidão nos exames de DNA, proporciona às partes litigantes no processo a descoberta da existência ou não de vínculos biológicos.

Nessa perspectiva, o direito de paternidade tem o exame de DNA como divisor de águas, vez que esta imprimiu autêntica revolução na questão da paternidade. Dessa forma, o que, antes, era uma incógnita sobre a origem do homem, hoje, é desvendada, com certeza, e relativa facilidade, e é essa possibilidade de conhecer a verdade biológica, que torna o exame de DNA, a prova mais valorada nas investigações de paternidade.

A “era DNA”, acarretou uma alteração na rota das lides que orbitam em torno da descoberta do vínculo genético, até então munidas de provas indiretas. As demandas que ensejam a produção da prova pericial não podem deixar de observar os princípios constitucionais abarcados no processo civil. Por isso, atualmente ocorre uma grande colisão

entre a necessidade de se acreditar no resultado final encontrado pelo exame e o princípio do livre convencimento do magistrado.

O princípio do devido processo legal representa a garantia constitucionalmente assegurada de que ninguém será condenado sem a igualdade de armas e ampla defesa de invocar e mostrar as razões de seu direito.¹

As normas não poderão conter vícios de inconstitucionalidade, pois a Constituição determina as regras do ordenamento jurídico, devendo toda a atuação do judiciário ficar submetida aos princípios e normas expressos na CRFB, que constitui fundamento de validade de todo direito.

Desse modo, o princípio em tela assegura a todos um processo com a certeza de que todas as suas etapas serão cumpridas, sem riscos de cerceamento de defesa. Assegura também, a certeza de que se as regras não forem cumpridas o processo será considerado nulo, por se tratar de um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico.

Evidencia-se, portanto, a relevância do devido processo legal na contemporaneidade do direito processual, levando-se em conta a realidade processual pátria, onde a sociedade espera uma jurisdição atuante e o respeito devido tanto à legalidade quanto à legitimidade, uma vez que a lei muitas vezes é descumprida.

Por outro lado, no tocante ao princípio do livre convencimento do magistrado, com o surgimento do novo Código de Processo Civil², que traz em seu artigo 371 a retirada da palavra “livremente” no que interessa aos limites de decisão do magistrado, o que abre margens para discussões acerca da própria existência do princípio do livre convencimento motivado.

Dessa forma, de acordo com o novo ordenamento, todos os sujeitos precisam estar convencidos de que as provas que foram produzidas foram determinantes para o convencimento do Juiz, por isso, não se pode mais afirmar que o Juiz é o único destinatário das provas.

Alexandre Câmara³ afirma “a avaliação que as partes fazem das provas é evidentemente levada em consideração quando se verifica se vale ou não a pena recorrer contra alguma decisão”.

Sendo assim, o novo modelo processual impõe uma cooperação ainda maior entre o juiz e as partes, que devem atuar em conjunto e de forma participativa na construção do

¹CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 251.

²BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm > .Acesso em: 07 mai. 2019.

³CÂMARA, op. cit., p.200.

resultado satisfatório do processo. Dessa forma, não seria compatível hoje, o modelo de Juiz passivo e neutro que antes se limitava a valorar as provas que as partes produzissem.

Evidencia-se, portanto, que o juiz agora não se encontra acima dos litigantes, de forma que atua como uma parte tão interessada no deslinde do processo como qualquer outra, e por isso deve valorar as provas e argumentos observando princípios e buscando a resolução justa e cooperativa da demanda.

Por fim, o princípio do livre convencimento do magistrado resume a liberdade do juiz que o juiz tem de interpretar argumentos e apreciar provas de acordo com seus princípios e valores no limite dos direitos constitucionais concedidos às partes.

O princípio da dignidade da pessoa humana está englobada pelos direitos humanos de segunda dimensão. Tais direitos foram criados para tutelar interesses fundamentais, sociais para a vida, e por isso, fez-se necessário observar parâmetros de preceitos mínimos para uma sobrevivência digna.

Dessa forma, incube ao juiz e aos demais sujeitos do processo garantir respeito ao princípio da dignidade humana, assegurando o valor de cada personalidade atrelada ao processo. É preciso ressaltar que os titulares dos interesses em conflito são pessoas reais cujas vidas serão afetadas pelo resultado do processo, e que, por isso mesmo, tem o direito de estabelecer suas estratégias processuais de acordo com aquilo que lhes pareça melhor para suas próprias vidas.

É inadmissível tratar as partes como se fossem objetos do trâmite processual ou meros dados estatísticos, afinal, o poder judiciário tem um fluxo grande de processos, e por vezes essa relação pode estar banalizada. Porém em cada processo e, principalmente em processos no direito de família, as questões tratadas são de grande relevância afetiva, por isso precisa-se levar em conta as vidas que serão decididas a cada sentença dada. Logo, cabe ao juiz assegurar que tal sentença será fixada sem que haja injustiças.

A dignidade da pessoa humana é reforçada no primeiro artigo da Constituição Federal e claramente baseado no Estado Democrático de Direito. Logo, a preocupação com os direitos humanos na justiça social fez com que o constituinte consagrasse a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional.⁴

Por todo o exposto, esse princípio pode ser considerado um princípio de manifestação primeira de valores defendidos pela CRFB, que traz para a sociedade o sentimento de valoração do ser humano em sua essência e não como peça de um jogo. Essa

⁴BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2007, p. 107.

referência faz impossível interpretar essa norma de maneira apenas intelectual mas precisa ser experimentada no plano afetivo.

Pode ser considerado o mais universal dos princípios, pois através dele outros são inspirados, e conseqüentemente através dele se irradia todos os demais conceitos de liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.

2. A VALORIZAÇÃO EXACERBADA DO EXAME DE DNA: NECESSIDADE DE MITIGAÇÃO DA CONFIABILIDADE DA PROVA

Seria viável dizer que a ciência se baseia em um conjunto de teorias, que podem ser verdadeiras e confiáveis em determinado contexto, ao passo que podem ser reformuladas ou refutadas por novas teorias que estão prontas para serem testadas. Desse modo, é correto afirmar que a ciência é conjunto de teorias que foram desenvolvidas para o teste, isto porque as teorias que não puderem ser testadas não serão consideradas como teoria.

Evidencia-se, portanto, que embora o processo científico busque continuamente a verdade, não alcançará a certeza da perfeição, pois o pesquisador lida com o desconhecido, depara-se com dúvidas e incertezas.

Dessa forma, não existe um conhecimento absoluto, vez que tudo tende a ser modificado com a evolução da ciência.

Por fim, cabe salientar que a ciência assim como qualquer outro processo científica é incerta. Portanto, não pode apresentar exatidão sem seus resultados, e por mais que ofereça alta probabilidade, nunca terá margem de erro zero, como ocorre em matérias como a matemática por exemplo.

Nesse sentido, a gerada “certeza absoluta” da prova genética de DNA desencadeou uma distorção na investigação judicial do vínculo genético quanto à valoração do campo probatório: o juiz se tornou homologador de laudos periciais.⁵

Diante da valoração excessiva atribuída ao exame, foi possível constatar um afastamento das provas que antes eram utilizadas, como as provas documentais e testemunhais e por isso em inúmeros casos o magistrado passou a observar o resultado do laudo em detrimento do conjunto probatório trazido ao processo.

Não obstante, o mito da certeza absoluta do resultado da prova de DNA e da posição principal do exame no campo probatório está sendo, aos poucos, desmitificada. Sob esse

⁵. FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade*. Relação Biológica e Afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 73



prisma, depois de todo quadro de expectativa criado em torno do reconhecido avanço científico, reflexões começaram a surgir no sentido de projetar o critério de valoração das provas na busca judicial pela paternidade.

Não se pode negar que por mais confiável que seja o exame, apenas em um amplo contexto valorativo pode ser uma lide em que se discute um direito tão relevante como o de filiação. Trata-se de um direito indisponível onde sempre haverá o risco de praticar injustiças incorrigíveis e de afrontar o texto constitucional ao entregar o julgamento da causa a um perito.

Com a distorção permeada pelo exagero e pela confiabilidade cega no resultado do exame de DNA, ocorreu a divinização da prova, a ponto de ser deferida a conversão em diligência nas ações de investigação de paternidade, por ser considerada absoluta e única a considerar a verdade biológica entre pai e filho.

Logo, o que antes era deduzido por força de lei e por provas indiretas que juntas formavam o estado de convicção do magistrado, agora passou a ser baseado em apenas um laudo objetivo, inspirado na força da perícia genética em DNA⁶.

Segundo Baracho, “A faculdade judicial de aceitar esse tipo de prova, não é apenas do pronunciamento científico. O sistema probatório do DNA, como prova de filiação, é compreendido por muitos como dotado de infalibilidade. Essa prova científica, de grande complexidade, exige grande rigor processual para as decisões judiciais. A prova do DNA, não se pode duvidar, é um instrumento valioso, mas não se deve abusar de sua interpretação.”⁷

Sob esse prisma, é perigoso substituir o juízo de valor que participa o convencimento de um magistrado por uma prova cujo resultado permite margem de erro, e embora haja liberdade probatória em demandas dessa natureza, às luzes na livre investigação e do livre convencimento do juiz, a ciência tem feito o papel decisivo e pontual, o que não se pode negar que é restritivo, uma vez que ela declara a verdade biológica para que o juiz apenas homologue.

De forma sucinta, é correto afirmar que na determinação da paternidade, a adoção da liberdade da prova pericial trouxe uma dominante tonalidade: ou o laudo exclui a paternidade, ou o laudo afirma a paternidade. “A ciência, muitas vezes relegada pelo direito, passa a

⁶ RASKIN, Salmo. *Manual prático do DNA para investigação de paternidade*. Belo Horizonte: Juruá, 1999, p. 37.

⁷ BARACHO, J. A. A prova genética e os direitos humanos: aspectos civis e constitucionais. In: LEITE, E. de O. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.150.

fornecer as tintas para que o magistrado desenhe sua decisão: este é o filho, diz o perito; aquele deve ser o pai, decreta o juiz".⁸

Porém, não é isso que ocorre em algumas turmas julgadoras ainda hoje, que por entenderem o exame de DNA como sempre correto, descartam a apreciação de demais provas produzidas. Logo, pode-se observar decisões que expressam a confiabilidade exacerbada em apenas um meio de prova, ignorando o conjunto probatório que instrui o processo.⁹

Por outro lado, o sentido começou a ser unificado. Zeno Veloso¹⁰ conclui que se deve alertar a população para os grandes riscos e perigos que se corre com esta confiança cega, irrestrita, absoluta, nos testes genéticos. Assegura: “A veneração, a sacralização, a divinização do DNA é atitude desarrazoada, que tem causado transtornos e desvios. A questão ainda está envolvida de muita incerteza e insegurança.”

É correto afirmar que o teste de DNA não pode ser visto como único e poderoso meio de prova, mas apenas como mais um elemento de prova e a consequência natural dessa confiança aos resultados colhidos em perícias genéticas já vem sendo sentida em diferentes erros periciais provocados por alguns laboratórios habilitados para a realização de laudos judiciais de paternidade.

Parte da doutrina afirma que a determinação do DNA, em casos forenses, pode ter efeitos irreversíveis, levando um inocente à prisão ou imputando-lhe filho alheio, e que diante de um tribunal, o que importa é uma evidencia inquestionável, sem margem de erro, o que não é o caso do DNA, garante.

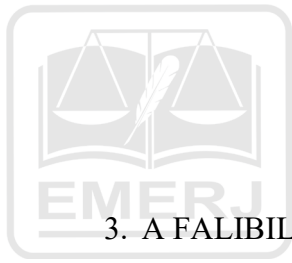
Como já examinado, não se pode ignorar todos os outros meios de prova, acreditando na infalibilidade do exame de DNA. Ademais, São inúmeros os fatores que podem influenciar e comprometer os resultados ditos absolutos do exame pericial de DNA, até mesmo conduzindo a erros completos.

Evidencia-se, portanto, que muito embora a análise de que o exame de DNA seja entendido como prova de maior importância nas ações investigatórias de paternidade, não se pode considerá-la infalível e tampouco absoluta, a ponto de tornar o julgador prisioneiro de seus resultados, sendo uma única prova de resultado objetivo. Dessa forma, é imperioso que os julgadores não desprezem o conjunto dos outros elementos de prova.

⁸ FACHIN, op. cit., p. 74.

⁹ Embora se reconheça o exame de DNA como prova robusta da paternidade biológica, cumpre ressaltar que tal exame não esvazia o campo probatório da ação de investigação de paternidade, permanecendo relevante a produção das chamadas provas indiretas (ALMEIRDA, MARIA CHIRISTINA. Prova do DNA: uma evidencia absoluta?, *Revista Brasileira de Direito de Família*, v.2, p. 143, 1999).

¹⁰ VELOZO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 200.



3. A FALIBILIDADE DO EXAME DE DNA

Existe uma série de falhas que podem ser listadas quando se trata de exame de DNA, são elas: falhas técnicas em qualquer etapa do exame; fraudes, desde a troca dos materiais até alteração do resultado; o caráter limitado da perícia; situações particulares; os parâmetros utilizados nas contas matemáticas para o cálculo da probabilidade. E quando o suposto pai estiver morto é possível: a decomposição do material genético; a incidência de fatores físicos; contaminação por bactérias e fraude na exumação.

Ainda que não seja muito notável ao público, tem crescido exponencialmente notícias de falhas e enganos por erros técnicos, como a troca de amostras e tradução errada. Rejeições constantes de laudos errados, trabalhando com tábuas populacionais importadas de outros países, sem qualquer correlação com a população brasileira, têm tido efeito perverso de imputar a paternidade à alguém que não deveria ter ou de privar alguém de identificar o seu verdadeiro pai.

Isso porque, quando se fala em um exame laboratorial, ainda que se trate de um exame que represente a mais nova tecnologia empregada pela biogenética, será ministrado por seres humanos. Desse modo, não há o que desconsiderar que a coleta, a manutenção, transporte, manuseio e manipulação serão de responsabilidade de pessoas, e por isso serão normalmente serão passíveis de falha.

Como já analisado, não se nega que a descoberta do DNA e a conseqüente realização do exame traduzem-se no meio de descoberta de maneira ímpar, alto grau de certeza, da origem genética do ser humano e de se apontar com maior exatidão a paternidade discutida na demanda.

As afirmações de infalibilidade do exame de DNA trazem dúvidas quanto ao resultado que está ligado a sua manipulação e não quanto ao poder de informação que o laudo traz consigo. Não se questiona a utilidade do método empregado mas sim as possíveis falhas, que são mais frequentes do que se cogita. Por isso, destaca-se a necessidade do exame ser realizado em laboratórios bem equipados e compostos por profissionais qualificados.

Observa-se, portanto, que as hipóteses concretas que não podem ser ignoradas de falibilidade e possíveis fraudes podem e devem ser consideradas pelas partes interessadas. Dessa forma, diante da valoração da prova pericial em ações dessa natureza, é necessário

dirimir todas as dúvidas existentes, ainda que para isso seja necessária a conversão em diligência, conforme se depreende do brilhante julgado:

[...] diante do grau de precisão alcançado pelos métodos científicos de investigação de paternidade com fulcro na análise do DNA, o valoração da prova pericial com os demais meios de prova admitidos em direito deve observar os seguintes critérios: (a) se o exame de DNA contradiz as demais provas produzidas, não se deve afastar a conclusão do laudo, mas converter o julgamento em diligência, a fim de que novo teste de DNA seja produzido, em laboratório diverso, com o fito de assim minimizar a possibilidade de erro resultante seja da técnica em si, seja da falibilidade humana na coleta e manuseio do material necessário ao exame;(b) se o segundo teste de DNA corroborar a conclusão do primeiro, devem ser afastadas as demais provas produzidas, a fim de se acolher a direção indicada nos laudos periciais; e (c) se o segundo teste de DNA contradiz o primeiro laudo, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas. Recurso especial provido.

No julgado acima, a Ilustre Ministra Nancy Andrighi¹¹ reconheceu a possibilidade de erros durante a realização do exame, bem como mencionou a hipótese de erros humano durante o manuseio do material a ser analisado pela perícia. Nesse sentido, o entendimento mostrou-se irreparável, tendo em vista o alto grau de complexidade do caso e a cautela que exige a demanda.

Os erros podem ser de várias espécies, como a dificuldade de se controlar a técnica, a falsa identificação dos examinados, a troca de amostras, o uso de marcadores genéticos inadequados ou insuficientes, os produtos com prazos vencidos e as falhas na leitura, na interpretação e na transcrição dos resultados, levando tais equívocos a uma exclusão ou a uma inclusão indevida. Enquanto as técnicas atuais não tiverem caráter de certeza absoluta, atingindo cem por cento de veracidade, elas continuarão a ser um meio de exclusão e não de identificação. Ou seja: a exclusão é categórica e a inclusão probabilística.

Desse modo, indubitavelmente não se pode considerar infalível e absoluta a prova pericial de DNA, tornando o julgador prisioneiro de seus resultados, é um erro que deve bravamente ser evitado, sendo uma imprevidência sem tamanho substituir o juízo de valor de um magistrado por uma única prova, mesmo se produzida conforme as regras de segurança adotadas internacionalmente, cujo resultado como já comprovado permite margem de erro.

Há casos em que já se verificou que o laboratório responsável pelo exame de renomado nome nos Estados Unidos, que realiza mais de cem mil exames de DNA por ano, tinha apenas cinco funcionários com a missão de comparar os dados e estabelecer a

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* nº 397.013/ MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1358455_3c501.pdf?Signature=7On1pKtJAplO7xBPb0fMjnrCxSM%3D&Expires=1571175350&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5hash=a79dd566f6401e28b76f87aa7beae4b. Acesso em: 15 out. 2019.



determinação das paternidades biológicas. Isso levou o juiz a considerar a grande probabilidade de erro humano.¹²

Outro ponto que não se pode deixar de mencionar é a preocupação no que tange as condições dos laboratórios que são escolhidos para a realização da perícia de DNA. Atualmente no Brasil, existem laboratórios particulares e os formados pelos governos estaduais e universidades sem apresentar competência prévia, não passando por exames de qualidade externa e, ainda, se utilizando de mão-de-obra de universitários, como ocorre no caso do Hospital Universitário Pedro Ernesto, no Rio de Janeiro.

Não é raro encontrar Laboratórios brasileiros cujo responsável técnico não preenche os critérios básicos de qualidade, que incluem treinamento de no mínimo três anos em laboratório de genética forense.

Há laboratórios que são classificados como aptos a realizar o exame pericial, o que torna a perícia em uma prestação de serviço comum, trazendo como consequências, como em todo ramo comercial, a busca maior lucro possível, o que evidentemente reflete na utilização de material e mão-de-obra de qualidades que deixam a desejar.

Não obstante todo o despreparo dos laboratórios brasileiros para a realização de tal perícia, não há como negar a existência da pressão de certas empresas interessadas nas vendas dos serviços, as quais não se cansam de exaltar a excelência dessa técnica como propostas infalíveis e precisamente exatas. Dessa forma, observa-se que contexto mercantil que o exame se encontra deturpa a imagem real do exame de DNA, fazendo com que cada vez mais pessoas acreditem “cegamente” em seu resultado.

Diante do cenário atual do país, não é difícil encontrar laboratórios com reagentes imprestáveis, produtos com prazos vencidos, equipamentos com defeito, evidências de descuido na coleta de amostras e comprovados erros na organização dos arquivos e na transcrição dos laudos, fatos esses advertidos há muito tempo.

Evidencia-se, que é imprescindível que a prova pericial precisa ser produzida de acordo com a lei, sendo observado se os procedimentos estão conformes com as normas técnicas, além de ser certificada a idoneidade dos trabalhos. No entanto, no Brasil não existe qualquer forma de controle do Executivo ou Judiciário sobre os mais de quarenta laboratórios escolhidos para realizar cientificamente os testes genéticos em DNA.

¹²IBDFAM – *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, N.41, Ano 6, novembro/dezembro 2006, p.5 Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/>. Acesso em: 18 set. 2019.

Por fim, a experiência do uso do teste de DNA como instrumento probatório é muito interessante não somente pela sua importância intrínseca, mas porque demonstra como uma prova científica aparentemente indubitável pode se revelar, rica de incertezas, contendo o perigo de erro ou de mal-entendidos quando, da fase de entusiasmo inicial, se passa àquela de reflexão crítica segundo a metodologia científica mais rigorosa.

Mostra-se imperioso, por razão de princípios científicos, que os referidos testes possam sempre ser analisados em todos os seus aspectos, principalmente quando se vai tomar uma decisão tão grave, já que não se pode ainda ter uma segurança incontestável quanto aos recursos metodológicos utilizados, à competência do perito e à qualidade do laboratório, mostrando-se prudente que os Tribunais não acreditem cegamente no resultado do exame apresentado. Estes resultados devem ser sempre avaliados com muito rigor e cautela.

CONCLUSÃO

As questões apontadas no presente trabalho indicam que as provas nas ações de investigação de paternidade se tornaram incontestáveis, pois se tornaram as responsáveis pela determinação da filiação. Sendo certo afirmar que a procedência de uma ação investigatória emana quando as provas são inequívocas e conseqüentemente conduzem o magistrado ao seu convencimento completo e a posterior declaração da verdade da filiação.

Constatou-se, também, que parte da doutrina e jurisprudência após o surgimento dos exames no DNA ignorou a existência de outros meios de prova além da prova pericial. Podendo-se observar alguns casos em que após o resultado do laudo o magistrado proferia sua sentença sem analisar o conjunto probatório que apresentava o processo.

Ao passo que, verificou-se a existência de outros juristas, que não o idolatram como a única salvação das demandas, mas percebem a gravíssima situação existente no ordenamento jurídico brasileiro, decorrente da confiabilidade cega no resultado do exame e da sacralização, bem como da ausência de regulamentação deste exame pericial.

Dessa forma, o presente trabalho não tratou de afirmar que a prova não é confiável mas consolidou o entendimento de que é imprescindível um amplo contexto valorativo para se discutir um direito tão relevante como o de filiação.

Trata-se de um direito indisponível onde sempre haverá o risco de praticar injustiças incorrigíveis e de afrontar o texto constitucional ao entregar o julgamento da causa a um laudo.



Com a distorção permeada pelo exagero e pela confiabilidade cega no resultado do exame de DNA, ocorreu a divinização da prova, a ponto de ser deferida a conversão em diligência nas ações de investigação de paternidade, por ser considerada absoluta e única a considerar a verdade biológica entre pai e filho.

Como não há regulamentação nem fiscalização dos laboratórios e profissionais, é cada vez mais preocupante o conhecimento de que erros na realização do exame acarretam decisões injustas, sob o ângulo do absolutismo, que não observa o exame pericial como parte do conjunto probatório.

Quando se cogita a realização de perícia por laboratórios, não se pode ignorar a existência da pressão de certas empresas interessadas nas vendas dos serviços, as quais não se cansam de exaltar a excelência dessa técnica como propostas infalíveis e precisamente exatas. Dessa forma, observa-se que contexto mercantil que o exame se encontra deturpa a imagem real do exame de DNA, fazendo com que cada vez mais pessoas acreditem “cegamente” em seu resultado.

Por outro lado, quando se confia a realização do exame à laboratórios vinculados a justiça, também não se pode fechar os olhos para a crise financeira estatal e o concreto sucateamento dos postos de saúde e centros de estudos que realizam a prova.

Nesse contexto, os testes impõem uma necessidade de serem analisados em todos os seus aspectos, mostrando-se prudente que os julgadores não acreditem cegamente no resultado do exame apresentado, posto que este esteja sujeito a modificações. Estes resultados devem ser sempre avaliados com muito rigor e em conjunto com o lastro probatório de cada caso especificamente.

Evidencia-se, portanto, que por mais que o exame de DNA represente um dois maiores avanços da biomedicina, por proporcionar um resultado preciso, não pode ser visto como prova certa e incontestável. O magistrado deve interpretar o resultado do exame de acordo com os princípios que regem o ordenamento jurídico atual, tal como o princípio do livre convencimento, porém sempre deverá atentar para as limitações do homem e da ciência, afinal ela é inexata e sempre sofreu mudanças ao longo do tempo.

REFERÊNCIAS

BARACHO, J. A. A prova genética e os direitos humanos: aspectos civis e constitucionais. In: LEITE, E. de O. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 397.013/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi*. Disponível em: <https://go.aws/2v5PL6m>. Acesso em: 15 out. 2019.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed., Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

_____. *A valoração da perícia genética: está o juiz vinculado ao resultado do “exame de ADN”?*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/getfile?uuid=3f13dc31-9052-4471-81db-b0a972d5235&groupId=10136>. Acesso em: 30 set. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

IBDFAM– *Instituto Brasileiro de Direito de Família*, n. 41, novembro/dezembro 2006, p. 5 Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/> Acesso em 02 de setembro de 2019.

RASKIN, Salmo. *Manual prático do DNA para investigação de paternidade*. Curitiba, Editora Juruá, 1999

VELOZO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade* São Paulo: Malheiros, 1997.



INDENIZAÇÃO PUNITIVA: APLICABILIDADE E CRITÉRIOS DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Bruna Moreira da Silva

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – Embora a indenização punitiva já seja aplicada pela maioria dos tribunais, muitos juízes costumam evitar tal nomenclatura, tendo em vista tratar-se de um tema controvertido e alvo de muitas críticas, principalmente da doutrina. Considerando que tal fenômeno é fruto do conhecimento superficial ou do desconhecimento sobre a matéria, o presente trabalho busca dissolver concepções equivocadas acerca dos *punitive damages*. Afastamento do *bis in idem*, constitucionalidade do instituto e critério para aplicação são os temas pesquisados com o fim de, ao cabo, se chegar à conclusão de que a indenização punitiva deve ser aplicada sem temores pelos tribunais brasileiros.

Palavras-chave – Direito Civil. Responsabilidade Civil. Dano. Indenização. Direito Constitucional. Indenização Punitiva. Dano Moral

Sumário – Introdução. 1. Institutos semelhantes à indenização punitiva. *Bis in idem*? 2. Legalidade e constitucionalidade da indenização punitiva. 3. Critérios objetivos para aplicação da indenização punitiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É inconteste que temas que influenciam na esfera patrimonial dos indivíduos são recorrentes alvos de disputas judiciais, refletindo assim, no número de processos em tramitação e controvérsias tanto nos tribunais quanto na doutrina. Nessa esteira, o presente trabalho explora o inesgotável assunto das indenizações, com enfoque em seu aspecto punitivo e preventivo, que teve origem no direito romano e se desenvolveu e consolidou no direito norte americano – *punitive damages*. Contudo, o instituto da indenização punitiva ainda encontra resistência no direito brasileiro, seja em razão da confusão da indenização punitiva com outros institutos de direito civil e outros ramos do direito, do alegado conflito com o ordenamento nacional, e sobretudo em decorrência do déficit de critérios que auxiliem na aplicação da indenização punitiva. Questões que compõem o objetivo e que serão tratadas nos capítulos deste trabalho.

O dano moral punitivo é uma espécie de indenização que permite elevação no *quantum* indenizatório por razões exteriores ao dano concreto, atinentes à maior reprovabilidade da conduta danosa, permitindo que haja maior individualização na fixação do valor, sem, contudo, levar ao enriquecimento sem causa. Mostra-se importante pois, com a maior interação entre pessoas e com danos surgindo a todo momento, a sociedade possui interesse em que estes sejam

evitados e, caso não seja possível, que sua ocorrência seja punida de modo a evitar repetições futuras. Dessa forma, pode ser visualizado como um instituto que incentiva, pela indenização, o respeito às relações humanas.

A estruturação deste artigo, o qual versa sobre a compatibilidade entre uma figura jurídica e o direito brasileiro, foi inspirada pela célebre Escada Ponteana, teoria oriunda do direito civil e formulada por Pontes de Miranda, que enxerga três planos de concretude no negócio jurídico: existência, validade e eficácia. Na discussão do negócio jurídico, a existência diz respeito aos requisitos mínimos do negócio, como agentes, objeto e manifestação de vontade. A validade refere-se à compatibilidade com o ordenamento jurídico. E a eficácia se materializa na capacidade de modificar a esfera de direitos e deveres das partes, ou de influir na realidade. O presente trabalho não discute um negócio jurídico, e sim um instituto da responsabilidade civil. Ainda assim, a escada Ponteana será de utilidade para organizar a argumentação.

O primeiro capítulo será dedicado à existência, no Brasil, da indenização punitiva. Trata-se de mostrar que punições de outros ramos do direito, como as multas administrativas e criminais que são impostas nos processos daquelas naturezas, e que são mencionadas pelos críticos dos *punitive damages* como causando uma situação de *bis in idem*, não se confundem com o tema deste trabalho. Pois, tal como será demonstrado oportunamente, os *punitive damages* são indenizações autônomas, de natureza extrapatrimonial, mas diversas dos danos morais. Dessa forma, não podem ser confundidos com nenhum outro instituto do direito brasileiro.

Na sequência, em analogia ao plano da validade, serão apresentadas e dirimidas controvérsias acerca da constitucionalidade e legalidade da indenização punitiva como a afronta ao art. 5º, V e X, da Constituição Federal. Pretendendo, ao fim, provar que o instituto aqui defendido está de acordo não só com o texto constitucional, mas com todo o ordenamento jurídico, sendo uma forma, inclusive, de efetivação dos princípios deste.

Por fim, fechando o artigo, o trabalho buscará critérios para que a indenização punitiva seja efetivamente aplicada pelos tribunais. Essa atenção ao plano da eficácia é um diferencial deste artigo, assentando-se na propositura de critérios que não se limitam a um rol taxativo. Busca-se, de outra maneira, trazer maior objetividade à indenização punitiva, pretendendo remover a discussão da esfera simplista da possibilidade de aplicação do instituto para dar luz a questões novas, como os critérios de aplicação. Norteadores como a reiteração da conduta geradora do dano, a negligência ante o risco provocado, capacidade econômica do ofensor e

extensão do dano, serão defendidos, de modo que, satisfeito algum desses, seja possível aplicar a indenização punitiva para alcançar as funções punitivas e preventivas buscadas.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o presente trabalho visa comprovar a hipótese exposta. Isso se fará por meio de um procedimento dialético em que as críticas a respeito do dano moral punitivo serão apresentadas, discutidas e, ao fim, respondidas. O conteúdo da pesquisa orbitará na análise da legislação, doutrina e jurisprudência, sempre observados qualitativamente, buscando, ao fim, alcançar base suficiente para que a tese principal defendida venha a prevalecer.

1. DISTINÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA DE INSTITUTOS SEMELHANTES

Nos países que adotam a *common law*, doutrina e jurisprudência se desenvolveram no sentido de conceituar os *punitive damages* como uma indenização que visa a contrabalançar o dano sofrido pela vítima com a punição do ofensor por tal conduta ilícita. A diferença crucial nessa indenização orbita no plano do valor indenizatório, que deve ser vultuoso a fim de compensar o sofrimento mental da vítima, sua dignidade e seus sentimentos feridos. O foco dessa indenização não é mais o dano em si, mas sim a conduta do agente, que deve ser obrigatoriamente dolosa.¹

No Brasil o tema é controvertido. Trata-se de instituto do Direito Civil, inserido na temática de responsabilidade civil, que sustenta que a indenização decorrente do dano moral tem função punitivo-pedagógica, a qual leva ao aumento do valor indenizatório como forma de dissuadir a reiteração da conduta.

Ao longo do tempo, muitas críticas foram direcionadas à indenização punitiva, sobretudo no que tange ao suposto *bis in idem*, já que há punição dos agentes por outros mecanismos jurídicos, sendo incabível, portanto, a ocorrência de nova punição. Os parágrafos seguintes compararão a indenização punitiva com institutos que costumam ser mencionados como geradores de *bis in idem* quando aplicados aos mesmos fatos dos *punitive damages*.

Primeiramente, não se pode confundir a indenização punitiva com multa administrativa. As sanções de polícia decorrem do exercício do poder de polícia e estão adstritas ao princípio da legalidade. Portanto, somente podem ser executadas se previstas em lei. Elas são aplicadas quando o agente infringe norma administrativa. Trata-se de gênero do qual

¹ COSTA, Ana Carolina Gusmão de Souza. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/direito_civil/direito_civil.html>. Acesso em: 15 mar. 2019.

decorrem diversas espécies previstas em lei, como multa, interdição ou embargo. Já os *punitive damages* não estão sujeitos à auto executoriedade, uma vez que sua existência é condicionada à via judicial.

Em relação à multa administrativa, é certo que não há dupla cobrança ante o arbitramento concomitante com a indenização punitiva.

Ab initio, verifica-se que o objeto tutelado pelos institutos é diverso: enquanto a multa administrativa promove o interesse coletivo, traduzido pelo respeito às normas impostas pelo Estado, que foram descumpridas pelo indivíduo alvo da multa, a indenização punitiva tutela o interesse privado mediante punição efetiva, para dissuadir o causador do dano a reiterar a conduta, mostrando que a prática não será tolerada.

Além disso, a multa depende de atuação estatal, pois, apesar de carecer do Poder Judiciário para perceber o valor correspondente, o Poder Executivo é o responsável por exercer o poder fiscalizatório estatal, anotar os ilícitos cometidos pelo particular e puni-los com a lavratura da multa. Dessa forma, a ação estatal é indispensável para que tais ilícitos sejam notados. A indenização punitiva, por outro lado, depende de ação da vítima, que ingressa no Judiciário ao ver seu direito violado, possibilitando que os atos ilícitos dos agentes sejam notados e, conseqüentemente, punidos.

A distinção mais clara entre os institutos está no momento em que são aplicados. Enquanto a tutela administrativa ocorre independentemente da materialização do dano, bastando que alguma determinação administrativa não tenha sido efetivada, a tutela cível advém após a efetivação do dano, sendo inclusive o objetivo dos *punitive damages* fazer com que o dano não mais ocorra – seja mediante a cessação das atividades que o causaram, seja pela maior atenção à segurança dos demais, de modo a não gerar mais danos.

Já em relação à multa penal, nota-se que Fernando Galvão² estabeleceu a distinção para com a indenização punitiva ao enunciar que “a pena pecuniária criminal não possui qualquer natureza indenizatória dos danos causados pelo crime, não se confundindo com a prestação pecuniária em favor da vítima, que é pena restritiva de direitos, conforme o art. 43, I, do Código Penal”.³

A pena pecuniária criminal depende de previsão legal no tipo penal incriminador referente ao crime cometido, diferenciando-se da indenização punitiva por necessitar que, além da descrição da conduta cometida como crime no Código Penal, o tipo comine a pena de multa.

² GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral* 9. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p.692.

³ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 out. 2019.

A indenização, por outro lado, depende apenas do nexo de causalidade entre o dano e a conduta, não sendo necessário que tal conduta cometida seja criminosa, nem mesmo ilícita.

A principal diferença entre os institutos assenta na destinação do valor percebido. No processo penal, o valor da multa é destinado ao fundo penitenciário, conforme previsto no art. 49 do Código Penal.⁴ Tal destinação deixa claro que a função dessa punição é única e exclusivamente a punição do agente, sem qualquer relação com a vítima. Já a figura do processo civil destina-se a reequilibrar o *status quo* anterior. Ou seja, a prestação, da qual é alvo o agente, é destinada à vítima.

No que tange à pena restritiva de direitos correspondente à prestação pecuniária, algumas das diferenças anteriormente descritas são diluídas, pois, conforme previsto no art. 45, parágrafo 1º do Código Penal⁵, tal prestação consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública. Logo, a destinação da indenização punitiva e da pena de prestação pecuniária é a mesma.

Contudo, a prestação pecuniária, assim como a multa, é uma alternativa à pena de prisão que leva em consideração, para sua quantificação, a extensão do dano. Por outro lado, a indenização é um instituto de Direito Civil que visa a reparação e tem como quantificador não somente a extensão do dano, mas também, e principalmente, a conduta específica do agente.

Por fim, cabe atrelar a multa penal ao princípio da intervenção mínima, que entende a persecução penal como *ultima ratio*, devendo apenas ser acionada em caso de extrema necessidade e após a falha de outros meios de resolução do conflito. À indenização não se impõe tal necessidade. Em razão do princípio da intervenção mínima, a multa penal não pode ser aplicada a todos os casos em que incidiria a indenização.

É preciso ainda diferenciar os *punitive damages* do instituto do dano moral em sentido estrito. Assim, é sabido que o direito civil brasileiro condicionou o pagamento de indenização à prova de culpa e à existência de dano, reflexo da adoção da responsabilidade civil subjetiva como regra geral.

Dentre as diversas classificações do dano, verifica-se a existência de divisão entre danos materiais ou patrimoniais e danos morais *latu sensu* como sendo a principal delas. Enquanto o dano material observa os prejuízos referentes às perdas efetivas no patrimônio concreto e corpóreo, o dano moral *latu sensu* tem relação ao prejuízo imaterial, que fere os direitos da personalidade do indivíduo, em suma, os danos não materiais.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

Nesse contexto, os danos morais também são alvo de subdivisões. Como gênero, o dano moral *latu sensu* refere-se à lesão aos direitos da personalidade. Espécie deste, é o dano moral *strictu sensu* que alude ao sentimento da pessoa, sua dor, sofrimento, vexame, tristeza e humilhação. Este último é objeto de diversas causas de pedir em processos corriqueiros que tramitam em todos os tribunais.

Os críticos da indenização punitiva defendem sua não adoção com argumentos que demonstram a clara confusão entre o objeto do instituto com os danos morais *strictu sensu*, conforme se infere nas palavras de Maria Celina Bodin,⁶ “Também não parece útil atrelar à reparação a ideia de punição, porque são muitos os casos em que não se conseguirá aplicar a punição”.

Há que se clarificar que a intenção da indenização punitiva é justamente desassociar o objeto da indenização fruto do dano moral *strictu sensu*, que traz a ideia de reparação efetiva do dano imaterial, da indenização que é instrumento do instituto da indenização punitiva, ou seja, aquela que se baseia na ação do agente, e tem o dano como objeto secundário.

A punição aplicada decorre de deveres objetivos que devem ser observados independente de relação jurídica entre as partes. São deveres anexos à boa fé, que são cogentes em qualquer ação que possa repercutir na esfera dos demais indivíduos. Logo, não é possível sustentar que o agente seria surpreendido com a punição à uma ação que desrespeita o princípio da boa-fé, pois tal conduta já é vedada pelo ordenamento jurídico.

Por fim, outra confusão comum entre os institutos – dano moral *strictu sensu* e dano punitivo – é a respeito da previsão legal. Parte da doutrina⁷ entende que a indenização punitiva é inviável em razão de interpretação do art. 403 do Código Civil, que garante que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes, e do art. 944, também do Código Civil⁸, que possibilita a redução da indenização e não o seu aumento. Contudo, tais artigos não discorrem a respeito do dano punitivo-pedagógico, mas sim do dano moral *strictu sensu*. A indenização punitiva não tem previsão expressa no ordenamento, podendo ser extraída da interpretação sistemática e teleológica de todo o sistema jurídico nacional, o que será mais aprofundado em outro capítulo.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil – constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 329.

⁷ Ibidem. p. 323.

⁸ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

A indenização punitiva pode ser considerada um instituto *sui generis*, enquadrada no tema da responsabilidade civil no que tange os danos morais *latu sensu*, sendo espécie deste, assim como o dano moral *strictu sensu*.

A importância dessa classificação reside tanto na sua quantificação quanto no seu arbitramento no caso concreto em processos judiciais. A respeito da quantificação, sua separação dos danos morais permite que ela possa ter critérios próprios que possibilitem que não haja injustiças, como a imputação ao agente de valores que não seriam devidos. Ou seja, a indenização punitiva poderá ser arbitrada na exata medida da ação do agente que causou o dano e não em observância a princípios e razões que regem o dano moral, instituto diverso.

Além disso, a possibilidade de pedidos distintos permite que o magistrado analise a ocorrência do dano moral e do dano punitivo utilizando critérios correspondentes aos institutos e em momentos separados, levando ao, inclusive, deferimento de um dano e indeferimento de outro, se for o caso. A importância dessa separação é de extrema utilidade para que, cada vez mais, os tribunais, ao julgarem danos não afetos ao patrimônio, possam se sentir seguros. Com um objeto mais detalhado, o grau de abstração do juiz será menor, representando segurança tanto para os julgadores quanto para os jurisdicionados.

Assim, no presente trabalho, o instituto da indenização punitiva – *punitive damages* – será tratado como instituto próprio, *sui generis* e autônomo, de modo que, apesar de sujeito aos princípios do direito civil, concentra critérios e modos de interpretação próprios.

2. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Há muito tempo se discorre sobre teses a respeito de uma norma superior que serviria de fundamento a todas as demais normas do ordenamento jurídico. O notório precursor de tal tese é Hans Kelsen⁹, notório idealizador da Norma Fundamental Hipotética. Sua asserção propunha que:

todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 269.

enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.

Logo, a Norma Fundamental Hipotética seria uma norma superior, não positivada e que serviria de fundamento de validade a todas as demais normas e por consequência, estabeleceria hierarquia entre as espécies normativas, em esquema representado graficamente por uma pirâmide, que tem como norma superior a Constituição. Nessa esteira, a Constituição da República Federativa do Brasil é tida como fundamento de validade de todos os atos jurídicos que desejem ingressar no ordenamento jurídico.

Dispõe o artigo 5, inciso V da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º CRFB 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;¹⁰

O texto constitucional, no que tange o direito de resposta ser proporcional ao agravo, é capaz de gerar controvérsias a respeito da constitucionalidade da indenização punitiva. Tal como qualquer norma, a constitucional também é passível de interpretação. Nesse prisma mostra-se incorreta a interpretação de que a proporcionalidade tratada no comando constitucional busque uma equivalência milimétrica entre o dano sofrido e a resposta. É cediço inclusive que, em relação ao dano moral, não há reparação, mas sim compensação. Isto porque o mesmo não é passível de restituição em razão do seu caráter imaterial, assim como sua quantificação também decorre de análise subjetiva.

A proporcionalidade na aplicação dos *punitive damages* reside tanto na análise de se é caso de aplicação da referida indenização, quanto na quantificação da mesma, que deve ser em patamar suficiente para desestimular a conduta, porém não pode atingir montante incompatível com a razoabilidade e proporcionalidade, exigível independente da natureza da reparação.

Logo, a indenização punitiva vai ao encontro do artigo 5º, inciso V, assim como também não conflita com o inciso XXXIX do mesmo artigo¹¹. Apesar de haver posicionamento entendendo pela existência de tal conflito¹², este não deve prosperar pois, embora a

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

¹¹ “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ibidem.

¹² “No entanto, ao se adotar sem restrições o caráter punitivo, deixando-o ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*;

nomenclatura utilizada remeta à natureza jurídica de pena, instituto do Direito Penal, na verdade a natureza se assemelha à da indenização, ao instituto do Direito Civil, que está sujeita ao processo previsto no Código de Processo Civil, em total respeito ao devido processo legal.

No que toca à legalidade, a divergência é ainda maior.

A incompatibilidade do instituto do *punitive damages* é arguida por não encontrar respaldo nos artigos relacionados à indenização no Código Civil. Inclusive, para incompatibilizar o instituto com a lei, aqueles que são contrários a sua aplicação utilizam como base legal o artigo 944 do Código Civil¹³, tanto no seu *caput* quanto no parágrafo único, os quais dispõem que a indenização mede-se pela extensão do dano e que, havendo excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, a indenização poderá ser reduzida equitativamente. A ausência de positividade expressa também serve de motivação para que parte da doutrina rechace a indenização punitiva.

Contudo, parece que a melhor doutrina caminha no sentido oposto. Embora a indenização punitiva não tenha um dispositivo a ela vinculado, ela se coaduna com o todo o ordenamento jurídico. Há no mundo jurídico muitos institutos que, apesar de não positivados, são de extrema importância para seu regular funcionamento, tal como a boa-fé objetiva, que não tem previsão clara no ordenamento, mas pode ser extraída de uma série de dispositivos. A mera ausência de dispositivo exposto a respeito da boa-fé objetiva não retira a importância da aplicação do instituto nos contratos. Da mesma forma ocorre com o *punitive damages*.

A mera majoração da indenização, por si só, não leva à desproporção em relação ao dano. O *punitive damages*, como qualquer espécie de indenização, está vinculado à proporcionalidade e razoabilidade. O valor é majorado de acordo com critérios, tais como a culpa do agente, de forma que não cabe sustentar que há violação ao artigo 944 do Código Civil.¹⁴

A principal crítica quanto à legalidade reside na vedação ao enriquecimento sem causa ou ilícito. Para boa parte da doutrina¹⁵, devido ao fato de não haver correspondência direta entre

além disso, em sede civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais, como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova, tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal.” MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 258.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ MARINANGELO, Rafael. *A evolução por dano moral e a aplicação da indenização punitiva*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 669. 2010. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18822/2/Rafael%20Marinangelo.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

o dano e o valor pago a título de indenização, estaria configurado o enriquecimento ilícito vedado no artigo 884 do Código Civil.¹⁶

Entretanto, é necessário observar que o vulto da indenização não tem como fundamento que a vítima se beneficie às custas do autor, embora seja inegável admitir que haverá algum ganho. A indenização é vultuosa a ponto de estimular o autor do dano a ser diligente, de modo que evite tantas ocorrências ou que preveja danos extremos e irreparáveis.

3. CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

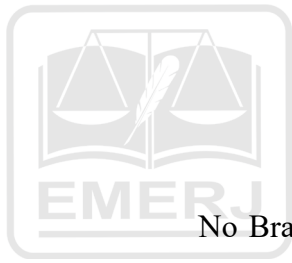
Sendo certa a compatibilidade e necessidade da aplicação da indenização punitiva às sentenças que tratam dessa matéria, subsiste uma última apreciação que deve ser realizada como forma de dissolver qualquer dúvida a respeito da utilidade do referido instituto. Embora se tenha provado que a indenização punitiva é meio singular de reparação no ordenamento jurídico brasileiro e que guarda inteira compatibilidade tanto com as normas infraconstitucionais quanto com a própria Constituição, que lhe serve de fundamento, se os *punitive damages* não puderem ser objetivamente executados, não passarão de mais um tema perdido no âmbito acadêmico e, com as devidas vênias àqueles que os apreciam, sem qualquer relevância jurídica, uma vez que, sendo o direito um conteúdo ligado às matérias humanísticas, devem servir à sociedade e não nascer, viver e morrer nos debates da academia.

Muito se questiona a respeito da ausência de critérios e que tal vácuo impossibilitaria que a indenização punitiva seja aplicada. Da mesma forma, se teme que a adoção definitiva da punição resulte em estímulo da chamada “indústria do dano moral”, com indenizações desconectadas de seu fato gerador. Não obstante tais temores se revelarem respeitáveis e legítimos, não é possível sustentar com base em tais alegações que a indenização punitiva não deve ser aplicada.

Conforme já mencionado, o instituto dos *punitive damages* nasceu nos Estados Unidos, onde, tendo em vista a adoção do *common law*, os tribunais fixaram três índices que se prestam a nortear sua aplicação, quais sejam: a reprovabilidade da conduta, a proporcionalidade entre danos compensatórios e punitivos e a comparação com condutas semelhantes já enfrentadas pelo tribunal¹⁷.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁷ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 214.



No Brasil, não há parâmetros tão claros vez que, conquanto tenhamos nos filiado ao *civil law*, tal seara não foi alvo de atividade legislativa, sendo necessário utilizar os parâmetros fixados não uniformemente na jurisprudência e na doutrina. Segundo André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁸, tais critérios seriam: o grau de culpa ou a intensidade do dolo do agente, a extensão ou gravidade do dano, a situação econômica do ofensor e o lucro (atual e futuro, comprovado e presumido) auferido com o ato ilícito do agente.

Tais parâmetros, somados à evidente e indispensável proporcionalidade e razoabilidade, mostram-se exatos para a objetiva fixação do *quantum* indenizatório, quando necessário. Faz-se necessário salientar que cada medida pode, por si só, gerar aplicação da indenização punitiva, logo não precisam estar presentes cumulativamente no caso. Logo, cada um dos critérios representam um motivo isolado que serve de razão para aplicação da majoração do valor indenizatório. Se fosse possível traçar um paralelo, por exemplo, cada parâmetro corresponderia a uma causa de aumento de pena, caso se estivesse diante de uma lide na esfera penal.

O grau de culpa do agente é um dos fatores capazes de ensejar elevação do valor, pois está diretamente ligado à conduta gerador do dano. É um dos critérios mais relevantes dentre os que foram expostos. A análise da ação do agente pode ter o condão de demonstrar se houve desídia na ação geradora de dano que, em razão do maior grau de reprovabilidade da conduta, merece ter a indenização majorada.

Quanto à gravidade do dano causado, sua importância é da mesma forma indiscutível. Se no critério anterior, a conduta do agente ganhou relevo, nesse critério a lesão causada é verificada objetivamente. Quanto maior e mais intenso o dano, maior deve ser a reprimenda do direito, tendo em vista que em virtude da capacidade lesiva da conduta do agente o dever ser do agente deveria ter sido mais diligente.

Saliente-se que, nas duas hipóteses acima, o que é observado é a anormalidade da hipótese. É indiscutível que, diante de casos concretos, se espera que haja alguma culpa por parte do agente, caso contrário se estaria diante de responsabilização objetiva, que é exceção no ordenamento jurídico. Da mesma forma, já é esperado que haja gravidade no dano causado, sendo certo que, se o dano for ínfimo, muito provavelmente desaparecerá a relevância jurídica da conduta. No entanto, o que há de ser observado na indenização punitiva é a exacerbação,

¹⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização Punitiva*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em: 20 ago. 2019.

tanto da culpa quanto do dano, que deve ser capaz de retirar a responsabilização do patamar normal para alcançar o nível da responsabilização especial do *punitive damages*.

Tendo o agente auferido lucro com a ação que gerou o dano, a jurisprudência têm entendido que se trata de hipótese capaz de aplicar a indenização punitiva.¹⁹

O critério mais discutível da lista, sem dúvida, é a situação econômica do ofensor. De acordo com ele, o valor da indenização pode ser majorado no caso de o agente ter alta capacidade econômica. Nesta hipótese, mais uma vez se majora o valor em razão da inobservância dos deveres objetivos de cuidado, mas neste caso isso se deve em virtude da presunção de que aquele que tem boas condições financeiras disporia de mais meios materiais para evitar o dano, mas não o fez.

Como forma de espancar qualquer dúvida acerca das hipóteses de aplicação da indenização punitiva, insta expor casos para rápida análise de como tal instituto pode ser aplicado.

Em 8 de fevereiro de 2019, um incêndio atingiu o centro de treinamento dos jogadores das divisões de base do Flamengo.²⁰ No evento, dez atletas morreram e três ficaram feridos²¹.

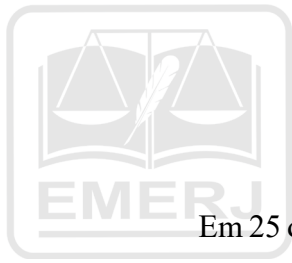
Apesar de se tratar de hipótese real e, por isso, estar sujeita a diversas nuances que o pequeno relatório acima não expôs, o exemplo se destina a traçar um paralelo entre as multas administrativas já sofridas pelo clube anteriormente²² e eventual indenização punitiva que poderia ser imposta. A reiteração de multas que não evitaram o incêndio confirma os argumentos já trazidos em outros capítulos que sustentam que a multa não é capaz de atingir a função a que a indenização punitiva se destina. Ademais, resta patente que, tendo em vista a ausência de regularização do local, inclusive após diversas notificações estatais, há elevada culpa na conduta do clube.

¹⁹ Neste caso, entende-se que além de ter causado o dano a outrem, o agente obteve vantagem com tal conduta lesiva. Logo, em tese, agiu com inobservância dos deveres objetivos de cuidado visando unicamente a vantagem, razão pela qual o valor pago não pode ser fixado em patamares normais. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. *Apelação nº 0007456-24.2014.8.11.0003*. Relator: Des. João Ferreira Filho. Disponível em: <<http://servicos.tjmt.jus.br/ViewDocumento.aspx?key=9e762c5f-75f9-4db5-a387-5e9904aa347>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

²⁰ O alojamento que funcionava em contêineres, servia de dormitório para atletas adolescentes entre 14 e 17 anos. Tal centro de treinamento não tinha alvará de funcionamento nem certificado do Corpo de Bombeiros, a estrutura que pegou fogo não constava no projeto enviado à prefeitura para o licenciamento de edificações e o clube já havia sido multado 31 vezes pelo poder municipal por manter o CT aberto de forma irregular. ESTADÃO. *Flamengo defende contêineres em CT: 'era um alojamento confortável'*. Notícia publicada em: 9 fev. 2019. Disponível em: <<https://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,flamengo-defende-conteineres-em-ct-era-um-alojamento-confortavel,70002714820>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

²¹ VEJA. *Flamengo: R\$ 200 mi em contratações e sem acordo com vítimas de incêndio*. Notícia publicada em: 9 ago. 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/placar/flamengo-r-200-mi-em-contratacoes-e-sem-acordo-com-vitimas-de-incendio/>>. Acesso em: 10 set. 2019.

²² 31 ocorrências. *Ibidem*.



Em 25 de janeiro de 2019, uma barragem da empresa Vale do Rio Doce, em Brumadinho (MG), despejou 13 milhões de metros cúbicos de rejeitos minerais sobre a região do rio Paraopeba. O ocorrido deixou 200 mortos e 93 desaparecidos. Tal desastre ocorreu três anos depois do caso do rompimento da barragem do Fundão, em Mariana (MG), envolvendo também a Vale²³.

Neste caso, o ponto importante é a reiteração da conduta, assim como a extensão do dano é proeminente. Não há dúvida que a dimensão do dano é imensurável e, por isso, haveria preenchimento de critério para aumento do valor indenizatório. Porém salta aos olhos que, pouco tempo antes, um desastre semelhante ocorreu em outra barragem da mesma empresa, o que conduz a entender que houve negligência na conduta, atraindo, portanto, a indenização punitiva.

Por fim, resta proceder à análise das 30 empresas mais acionadas nos Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro em 2018²⁴. A indenização punitiva assume papel essencial nas demandas com natureza consumerista, tendo em vista que, em diversos casos, as empresas privadas violam sucessivamente cláusulas contratuais e legais, mas tal ação evidentemente atentatória contra o consumidor não tem a devida punição. A reiteração de causas com mesmo pedido e causa de pedir, além da comum identidade do réu, deixam claro que tais empresas agem com culpa, e a resposta judicial, até o presente momento, não tem sido satisfatória em coibir o descumprimento consciente dos direitos do consumidor. Como meio de combater tal incongruência, a indenização punitiva parece uma resposta correta.

CONCLUSÃO

Ao longo da presente pesquisa, foram abordados aspectos intrínsecos da indenização punitiva, como a inovação que esta representa a tutela de direitos conversíveis em indenização, bem como sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, e ainda aspectos objetivos do tema, como sua aplicabilidade. Claro restou que o instituto é alvo da desconfiança, principalmente dos doutrinadores que temem que a chamada ‘indústria da indenização’ seja incentivada na hipótese dos *punitive damages* passarem a ser reiteradamente aplicados.

²³ ALVIM, Mariana. *Vale sempre negou outras barragens em risco, diz promotora no caso Mariana e Brumadinho sobre novo alerta em MG*. Notícia publicada no portal da BBC News Brasil em 24 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48406013>>. Acesso em: 11 set. 2019.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Light lidera a lista das empresas mais acionadas na Justiça em 2018*. Notícia publicada em 3 jan. 2019. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6069074>>. Acesso em: 13 set. 2019.

Além da desconfiança acerca dos efeitos que a aplicação dos *punitive damages* poderiam gerar, o tema também suscita debates jurídicos.

A convicção na existência de outros institutos com a mesma função acarretou o temor de que a mesma conduta pudesse ser punida duas vezes, gerando o chamado *bis in idem*. Este trabalho mostrou, contudo, que os institutos frequentemente relacionados ao *punitive damages*, quais sejam multa administrativa, multa penal e dano moral *stricto sensu* não se assemelham àquele. Tanto no viés conceitual quanto na aplicação dos institutos, eles são diferentes. Mas a diferença crucial assenta na finalidade dos institutos, que é completamente diversa. Tendo objetivos diversos, fica, portanto, incabível a alegação de suposto defeito na existência da indenização punitiva.

No tocante à validade, os *punitive damages* são contestados quanto a sua constitucionalidade. Embora se sustente que haja afronta direta ao texto constitucional e ao Código Civil, conforme visto, tal argumentação não se sustenta. Tanto o texto constitucional quanto o Código Civil estão sujeitos à interpretação, sendo certo que a interpretação literal nem sempre é a mais indicada para que seja garantida a eficiência máxima da lei. Dessa forma, a indenização punitiva está sujeita à Constituição como qualquer outro instituto jurídico e nesse contexto serve como forma, inclusive, de concretizar os princípios e objetivos ali perseguidos.

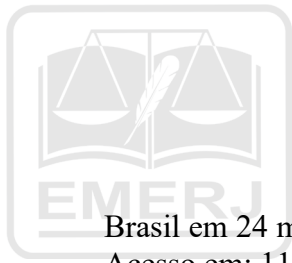
Por fim, a aplicabilidade da indenização punitiva confirma a eficácia de tal instituto no âmbito do direito brasileiro. O presente trabalho se propôs a ser atividade não meramente passiva de exposição de ideias acerca do tema, mas também ativa no que tange o delineamento de critério para aplicação do referido instituto. Foram propostos parâmetros como o grau de culpa do agente, gravidade do dano causado, recebimento de lucro com a ação que gerou o dano e a situação econômica do ofensor.

Conforme exposto, embora os *punitive damages* tenham sido alvo de desconfiança no passado, é importante que os tribunais passem a aplicá-los expressamente, tendo em vista sua inegável importância para o Direito Civil e para o bom funcionamento das relações sociais, cada vez mais complexas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização Punitiva*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em: 20 ago. 2019.

ALVIM, Mariana. *'Vale sempre negou outras barragens em risco', diz promotora no caso Mariana e Brumadinho sobre novo alerta em MG*. Notícia veiculada no portal da BBC News



Brasil em 24 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48406013>>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. *Código de Direito Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. *Apelação nº 0007456-24.2014.8.11.0003*. Relator: Des. João Ferreira Filho. Disponível em: <<http://servicos.tjmt.jus.br/ViewDocumento.aspx?key=9e762c5f-75f9-4db5-a387-5e9904aa347>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Light lidera a lista das empresas mais acionadas na Justiça em 2018*. Notícia veiculada em 3 jan. 2019. <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizarconteudo/5111210/6069074>>. Acesso em: 13 set. 2019.

COSTA, Ana Carolina Gusmão de Souza. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/direito_civil/direito_civil.html>. Acesso em: 15 mar. 2019.

ESTADÃO. *Flamengo defende contêineres em CT: era um alojamento confortável*. Notícia publicada em: 9 fev. 2019. Disponível em: <<https://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,flamengo-defende-containeres-em-ct-era-um-alojamento-confortavel,70002714820>>. Acesso em: 10 nov. 2019

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 9. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

MARINANGELO, Rafael. *A evolução por dano moral e a aplicação da indenização punitiva*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 669. 2010. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18822/2/Rafael%20Marinangelo.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil - constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

VEJA. *Flamengo: R\$ 200 mi em contratações e sem acordo com vítimas de incêndio*. Notícia publicada em: 9 ago. 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/placar/flamengo-r-200-mi-em-contratacoes-e-sem-acordo-com-vitimas-de-incendio/>>. Acesso em: 10 set. 2019.

LOTEAMENTO DE ACESSO CONTROLADO E CONDOMÍNIO DE LOTES:
ALTERNATIVAS À REGULARIZAÇÃO DOS “LOTEAMENTOS FECHADOS” À LUZ
DA LEI Nº 13.465/2017

Bruna Parente Arce

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – As habituais formas de organização dos conglomerados habitacionais pedem respostas inovadoras por parte do Direito, a fim de se adequar à nova realidade urbana. O ordenamento jurídico não pode se fechar aos seus mecanismos convencionais, uma vez que desse modo estaria fadado à sua completa ignorância pela sociedade. É nesse sentido que a Lei nº 13.465/2017 introduz novos instrumentos jurídicos, a fim de tentar resolver as principais controvérsias ligadas aos Direitos Reais em uma perspectiva contemporânea. Em especial, busca-se analisar a prática de restrição de acesso a loteamento urbanos nessa nova perspectiva, demonstrando os avanços obtidos, bem como os objetivos que ainda devem ser alcançados.

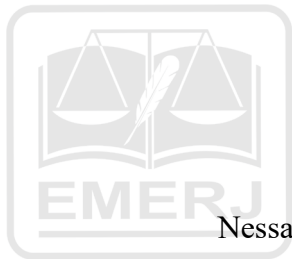
Palavras-chave – Direito Civil. Lei nº 13.465/2017. Loteamentos Fechados. Loteamentos de Acesso Controlado. Condomínios de Lotes.

Sumário – Introdução. 1. (In)constitucionalidade da separação do espaço urbano. 2. A controvérsia acerca das cobranças realizadas pela associação de moradores nos “loteamentos fechados”. 3. Dos “loteamentos fechados” ao loteamento de acesso controlado e ao condomínio de lotes: como positivar as estruturas de fato aos ditames legais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É cada vez mais habitual se observar, sobretudo em grandes cidades, a criação de conglomerados habitacionais fechados, que gozam de uma infraestrutura em comum, garantindo serviços básicos a seus moradores. Trata-se de um reflexo da realidade de violência que os centros urbanos costumam enfrentar – fazendo com que busquem um reforço na segurança de seus lares –, somado a uma insuficiência de que o poder público preste de maneira eficiente os serviços que necessitam.

A via regular para que se proceda com o parcelamento do solo urbano, nesses casos, é o loteamento, de modo que seriam aplicáveis, para tanto, os ditames da Lei nº 6.766/79. Essa mesma lei, em seu art. 22, aduz que, uma vez registrado o loteamento, as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos passam ao domínio do Município. Sendo assim, criam-se lotes privados, mas com infraestrutura ao seu redor pública.



Nessa seara, falar em “loteamento fechado”, portanto, seria paradoxal, uma vez que a ideia de loteamento pressupõe a abertura das vias e demais espaços. Entretanto, a fim de evitar as burocracias derivadas desse procedimento, é comum que os proprietários deixem de realizar o loteamento. Dessa forma, alienam apenas fração ideal de sua propriedade como se fossem verdadeiros lotes, dando origem ao que comumente se chama de “condomínio de fato”. Trata-se de propriedade privada irregularmente repartida entre moradores, visto que não há repasse de áreas ao Município.

Tanto pela via regular quanto irregular, decorrem diversas discussões acerca do fechamento dos espaços. De um lado, a controvérsia constitucional de se controlar o acesso a vias públicas, bem como a discussão acerca da responsabilidade pela manutenção da infraestrutura. De outro, a perplexidade derivada da constatação de que, se fosse adotada a forma de condomínio de fato, não haveria óbice ao seu fechamento, por se tratarem de espaços privados. O direito não pode ignorar essa contradição, devendo buscar soluções efetivas.

A Lei nº 13.465/2017 foi um grande avanço para tanto, por reconhecer a possibilidade de que existam loteamentos de acesso controlado, dando respaldo legal ao que já se visualizava há muito tempo na prática. Ademais, trouxe ainda outra contribuição significativa que foi a criação de condomínios de lotes, que surge como importante instituto para cessar grande parte das discussões.

Todavia, ainda se questiona não apenas a suficiência do tratamento legislativo, a fim de regularizar esses fechamentos, como também em que contexto específico cada instrumento melhor se enquadra, a depender de se estar diante de loteamento regulares ou condomínios de fato.

Com esse propósito, no primeiro capítulo será apresentada a discussão constitucional acerca a possibilidade ou não de se proceder com o fechamento dos espaços urbanos. Busca-se, com isso, realizar uma ponderação de princípios – sobretudo da liberdade de ir e vir e interesse público atrelado à segurança pública – para avaliar a razoabilidade de legalizar essa prática.

Em seguida, no segundo capítulo, serão enfrentadas as diferentes posições a respeito da responsabilidade pela cobrança das taxas de manutenção dos serviços prestados a esses habitantes. Para tanto, serão abordados os papéis desempenhados pelas associações de moradores, bem como a possibilidade de se obrigar o pagamento desses valores.

Por fim, o terceiro capítulo, então, introduzirá as inovações legislativas trazidas pela Lei nº 13.465/2017 que podem ser exploradas como forma de resolver os impasses jurídicos derivados dessas estruturas habitacionais. Serão debatidas as peculiaridades do regime do

condomínio de lotes, bem como o reconhecimento jurídico do loteamento de acesso controlado e de que forma cada um deles pode ser utilizado para resolver as discussões por trás tanto dos loteamentos regulares quanto irregulares que se organizem na forma desses ditos “condomínios fechados”.

A pesquisa, então, será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, analisando as diferentes propostas hipotéticas sobre o assunto, que serão comprovadas ou rejeitadas argumentativamente, diante da eleição de qual delas melhor respondem às inquietações suscitadas.

Para tanto, a abordagem do objeto dessa pesquisa jurídica será qualitativa, porquanto pretende-se proceder com o estudo da bibliografia pertinente, atrelado à investigação da jurisprudência atual e da legislação vinculadas à temática, devidamente analisados e fichados na fase exploratória da pesquisa, como forma de sustentar a tese.

1. (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA SEPARAÇÃO DO ESPAÇO URBANO

Uma das principais discussões em se tratando de uso particular dos logradouros – a princípio públicos – aos moradores é em que medida isso convive com a expectativa que se tem de que haja uma liberdade de locomoção. Afinal, tratam-se de locais que foram inicialmente concebidos para o uso comum do povo. Apesar disso, percebe-se que o controle de acesso a determinados espaços urbanos é prática reiterada, sobretudo nas grandes cidades.

A questão suscita bastante controvérsia na doutrina, como José Afonso da Silva¹, na medida em que é questionável a constitucionalidade de se limitar o acesso da coletividade a áreas públicas, por afrontar o direito de ir e vir dos cidadãos, garantido pela Carta Magna.

Todavia, não se pode olvidar que a proliferação dessas formas de organização habitacional são respostas a um cenário de violência nas cidades, levando os moradores a buscarem mecanismos de melhora da segurança. Soma-se a isso o fato de que muitas vezes não se percebe uma efetiva prestação do serviço de segurança por parte do poder público, bem como de outras contrapartidas essenciais à garantia de bem-estar da população.

De fato, o embate não é de fácil solução, pois mostra necessário ponderar preceitos constitucionais. Em que pese a questão do fechamento dos loteamentos já ter sido objeto de discussão nos Tribunais Superiores, não há uma posição clara sobre a constitucionalidade ou

¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 345.

não de restringir o acesso a esses locais. Todavia, o debate se mostra presente no meio acadêmico, sopesando-se valores fundamentais.

A liberdade de locomoção, prevista no art. 5º, XV e LX da CRFB/88², apesar de ser reconhecida como direito fundamental, pode ser reduzida em sua amplitude, desde que não seja afetada em seu núcleo essencial. Desse modo, parece descabido que diante da criação de loteamentos, com transferência das vias e logradouros ao domínio estatal, sejam os cidadãos completamente impedidos de adentrar nesses locais, estando-se em tempos de paz. Agindo de tal modo, estar-se-ia afrontando o núcleo essencial desse direito.

Há quem entenda, todavia, que o mero uso exclusivo dessas áreas públicas por si só já representaria uma inconstitucionalidade. Luciano Ferraz³, ainda sobre a exegese anterior à Lei nº 13.465/2017⁴, já fazia ressalva a essa impossibilidade:

Costuma-se argumentar que leis e normas administrativas municipais, que prevejam a exclusividade para utilização de áreas públicas seriam inconstitucionais, por afronta ao princípio da isonomia e da liberdade de ir e vir, violando diretrizes de planejamento urbano que sugerem a integração do loteamento à cidade.

Todavia, não se mostra desarrazoado pensar que essa liberdade de locomoção possa encontrar atenuações diante de outros valores consideráveis. No que tange ao contexto dos loteamentos fechados, o direito à segurança dos moradores deve ser levado em consideração, uma vez que tutelado pelo próprio *caput* do art. 5º da CRFB/88⁵. Ademais, é meta da própria política urbana ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da garantia do bem-estar dos cidadãos, conforme dispõe o art. 182 da CRFB/88⁶.

Nesse contexto, constatando-se que há também interesses privados merecedores de tutela, sobretudo a garantia de vida digna aos habitantes dos centros urbanos, não cabe ao Direito se fechar para a possibilidade de reconhecer o uso exclusivo pelos particulares. Obviamente que deve ser analisada a proporcionalidade das limitações impostas, bem como a extensão do espaço destinado aos moradores, a fim de que não afronte o interesse público subjacente.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2019.

³FERRAZ, Luciano. *Viabilidade da instituição de loteamento fechado com lastro em legislação municipal*. Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 87-91, jan./mar. 2016. Parecer.

⁴BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 17 jul. 2019.

⁵BRASIL, op cit., nota 2.

⁶Ibid.

Toshio Mukai⁷, analisando a posição dos tribunais acerca da constitucionalidade dos loteamentos fechados, compilou em suas observações o teor da decisão da ADI nº 2053611-43.2014.8.26.0000⁸, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que faz relevantes ponderações nesse sentido. Conforme o julgado, diante do conflito entre a segurança pública e a liberdade de locomoção, é preciso considerar que há controles de acesso estão há muito tempo consolidados, sem oposição da sociedade local, que não afetam a mobilidade urbana e que servem muitas vezes ao interesse público, evitando atividades predatórias em áreas públicas.

Sendo assim, percebe-se que a designação desses espaços ao uso particular não necessariamente fere o interesse público, de modo que pode até mesmo vir ao encontro dele. Afinal, é de se esperar que aqueles que venham a ocupar determinada localidade com a intenção de constituir moradia tem o interesse de ver preservada a sua habitação e seus arredores, evitando, assim que tais espaços sejam mal aproveitados diante de uma possível inércia pública.

Para que essa ocupação esteja atrelada aos ditames legais, porém, é preciso que isso seja conjugado com o consentimento do poder público, não se afastando os devidos controles de polícia que devem recair sobre a ocupação nesses termos, até mesmo por envolver uso de bem público de forma especial.

Antes mesmo das atuais mudanças legislativas, já se reconhecia a necessidade de alguma forma de assentimento do município. Bruno Mattos e Silva⁹ aponta quatro posições doutrinárias prevalentes acerca do fechamento: (1) legalidade, desde que aprovados pela legislação municipal ou autorizados pelo município; (2) legalidade, independentemente de lei municipal, mas desde que haja ato administrativo de concessão ou permissão; (3) legalidade, mas com aplicação da Lei nº 4.591/1964¹⁰, constituindo condomínio de casas; e (4) ilegalidade, ainda que existente legislação municipal a respeito, diante da inconstitucionalidade de tal prática, por ferir isonomia, liberdade de ir e vir e planejamento urbano.

⁷ MUKAI, Toshio. *Consolidada a legalidade dos loteamentos fechados*. Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 66-71, jan./mar. 2016, p. 70-71.

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *ADI nº 2053611-43.2014.8.26.0000*. Relator: Paulo Dimas Mascaretti. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/148670743/direta-de-inconstitucionalidade-adi-20536114320148260000-sp-2053611-4320148260000>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

⁹ SILVA, Bruno Mattos e. *Legalidade ou ilegalidade dos loteamentos ou condomínios fechados*. Fórum de Direito Urbano e Ambiental FDU, Belo Horizonte, ano 7, n. 42, nov./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=56047>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 4.591/64, de 16 de dezembro de 1964*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4591.htm>. Acesso em: 04 abr. 2019.

Com o advento da Lei nº 13.465/2017¹¹, foi incluído o §8º ao art. 2º da Lei nº 6.766/1979¹², passando a reconhecer expressamente o loteamento de acesso controlado como modalidade de loteamento, tentando, assim, legitimar as situações fáticas. Conforme aduz a redação da nova previsão legislativa, fica assente a necessidade de que haja regulamentação do poder público municipal. Ademais, elucidando justamente a liberdade de locomoção, o dispositivo rechaça que haja um total impedimento, somente sendo possível realizar um controle, com identificação e cadastro.

Por mais que isso signifique um avanço no reconhecimento desses ditos fechamentos, Vítor Frederico Kumpel¹³ faz importante ressalva acerca dessa alternativa, “[...] é muito difícil confiar no desenvolvimento adequado desse "controle" de ingresso na área. Há um risco grande de se criarem tantas dificuldades para isso que, no final das contas, a situação seja equivalente à do fechamento completo ao acesso de terceiros não residentes”. De fato, trata-se de desafio que não se soluciona apenas mediante a previsão legal, merecendo a atenção dos agentes públicos.

O melhor caminho, então, – possibilitado pela Lei nº 13.465/2017 ao acrescentar o Art. 1.358-A. ao Código Civil de 2002 – parece ser a criação de um condomínio de lotes. Afinal, por meio deste, toda a área passa a ser privada, sendo os lotes áreas exclusivas e as vias, praças e demais espaços – outrora públicos – passam a ser considerados partes comuns das quais cada condômino (loteador) tem fração ideal, nos moldes de um condomínio edilício. Dessa forma, cessam-se as controvérsias que ainda possam pender acerca da constitucionalidade do controle de acesso, uma vez que, caso a convenção do condomínio assim decida, será até mesmo possível impedir por completo o acesso.

Todavia, como se analisará mais adiante, há situações em que a opção pelo condomínio de lotes mostra-se de difícil aplicação prática. Sendo assim, veio em boa hora, igualmente, o reconhecimento do loteamento de acesso controlado, ainda mais em se tratando de um mecanismo mais facilmente implementável do que o condomínio de lotes, que ainda precisa passar por toda a estrutura de constituição de um condomínio.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹² BRASIL. *Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm>. Acesso em: 04 abr. 2019.

¹³ KUMPEL, Vítor Frederico. *Loteamento de acesso controlado: outra inovação da lei 13.465/2017*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI267756,91041Loteamento+de+acesso+controlado+Outra+inovacao+da+lei+134652017>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

2. A CONTROVÉRSIA ACERCA DAS COBRANÇAS REALIZADAS PELA ASSOCIAÇÃO DE MORADORES NOS “LOTEAMENTOS FECHADOS”

A partir do momento em que se limita a utilização de um espaço, em favor de uma coletividade, mostra-se necessário pensar de que maneira será possível manter seu uso adequado. Em um loteamento regular, a manutenção das praças e ruas fica sob a responsabilidade do próprio Município, uma vez que se trata de área pública, de interesse comum do povo.

Por sua vez, quando adotada a forma de “loteamento fechado”, qual seja, com a criação de logradouros e praças públicas de uso exclusivo de um grupo de pessoas, é praxe que os moradores se organizem juridicamente a fim de melhor administrar a localidade, o que costuma ser feito por uma associação de moradores, mediante permissão em caráter precário concedida pelo Município.

Uma das principais discussões no que tange ao fechamento dos espaços urbanos envolve a iniciativa dessas associações quanto à manutenção e conservação da infraestrutura colocada à disposição dos proprietários. Afinal, é comum que, para tanto, seja cobrado um valor mensal desses moradores, a fim de que possam ser garantidos serviços de segurança, lazer, coleta de lixo, entre outros.

O problema por trás dessa organização tem sede constitucional, uma vez que tais valores são cobrados, usualmente, de forma obrigatória a todos aqueles que usufruem dos serviços colocados à disposição. Isso, por sua vez, acaba confrontando com a liberdade de se associar prevista na Carta Magna.

De acordo com o art. 5º, inciso XX, da CRFB/88¹⁴, ninguém pode ser compelido a se associar ou permanecer associado. Todavia, o que as associações de moradores fazem é justamente realizar a cobrança de todos, independentemente de haver uma anuência expressa do proprietário. Dessa forma, foi crescente o número de moradores que passaram a se opor ao pagamento dessas contribuições para a manutenção da infraestrutura presente no loteamento, tomando como fundamento a própria Constituição Federal.

A dificuldade reside em não se saber precisar a natureza jurídica dessa cobrança. Em verdade, caso se esteja diante de uma taxa associativa, torna-se difícil reconhecer que aqueles não associados tenham que contribuir. Todavia, se se estiver diante de uma simples

¹⁴ BRASIL, op cit., nota 2.



contraprestação por um serviço prestado, a questão associativa perde relevância como argumento.

Os tribunais locais, por sua vez, na ausência de uma orientação predominante acerca da matéria, adotavam decisões ora favoráveis à dispensabilidade da cobrança, ora favoráveis à sua obrigatoriedade. Em 2015, porém, a Segunda Seção do STJ¹⁵, em recurso repetitivo, firmou a tese de que “as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram”.

Sendo assim, passou a predominar o entendimento de que não seria possível obrigar o morador não associado ao pagamento da taxa associativa, em que pese ainda fosse possível encontrar Tribunais que continuassem reconhecendo a possibilidade de cobrança.

A questão também chegou ao STF¹⁶, em sede de repercussão geral, mas ainda está pendente de julgamento. Dessa forma, não se tem ainda uma posição definitiva do STF que possa dirimir as questões, as quais não foram completamente solucionadas nem mesmo após as teses firmadas pelo STJ.

Todavia, no próprio RE nº 695.911, há parecer do MPF favorável à cobrança mesmo dos não associados, levando em conta que se trata de aplicação do princípio da solidariedade, a fim de evitar o enriquecimento sem causa. De acordo com o parecer:

Se de um lado há o interesse comum dos moradores de implementarem infraestrutura e serviços que venham a beneficiar a todos, embora não se configure um condomínio nos termos estritos da lei e não seja ninguém obrigado a se associar, de outro, não é razoável que prevaleça o interesse particular daquele que se recusa a partilhar das despesas, se locupletando do esforço alheia (sic). [...] O princípio da vedação do enriquecimento ilícito encontra amparo nos objetivos da República, como relevante fator na construção de uma sociedade livre, justa e, principalmente solidária (art. 3º, I, da CF). A negativa de alguns moradores de custearem as despesas comuns afronta ainda o princípio constitucional da solidariedade, que impõe a todos um dever jurídico de respeito coletivo, que visa beneficiar a sociedade como um todo¹⁷.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP nº 1439163/SP*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator. p/ Acórdão: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1374887&num_registro=201400379700&data=20150522&formato=PDF>. Acesso em: 18 jul. 2019.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 695911/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2667151&numeroProcesso=745831&classeProcesso=AI&numeroTema=492>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

¹⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. *Parecer nº 8642 / RJMB no RE 695.911-RG / SP*. Disponível em: <file:///C:/Users/Sony/Downloads/texto_2707464.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019.

Sendo assim, há indícios nos autos que apontam a possibilidade de o STF decidir em sentido diverso da orientação que tem predominado até então. Segundo Ricardo Nicotra¹⁸, haveria dois fatos processuais que poderiam encaminhar para uma decisão nesse sentido. O primeiro deles seria o já mencionado parecer do MPF¹⁹, que reafirma a tese de vedação ao enriquecimento ilícito. O segundo deles, ainda de acordo com Nicotra²⁰, seria a grande quantidade de *amicus curiae* admitidos no processo a favor da cobrança, em oposição à ausência de assistentes a favor dos interesses dos moradores não associados. Entretanto, somente com o julgamento final se poderá verificar de fato se essas tendências irão ou não se confirmar.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, até pouco tempo, se vinculava ao verbete sumular nº 79²¹, que asseverava, em suma, a possibilidade de que as associações de moradores pudessem exigir dos não associados, em igualdade de condições com os associados, que concorressem com o custeio dos serviços. Baseavam-se, para tanto, no mesmo argumento da vedação ao enriquecimento sem causa, uma vez que todos os proprietários usufruíam dos serviços prestados.

Entretanto, em 2017 houve o cancelamento de tal verbete, a fim de que se aguarde a posição definitiva do STF acerca da matéria²². Dessa forma, percebe-se que também em nível local, atualmente, não se pode dizer que haja uma orientação predominante, na medida em que se está à espera de uma conclusão pela Suprema Corte.

Caso se mantenha o entendimento da 2ª Seção do STJ²³ de que não é possível cobrar dos não associados, deverá ser reconhecido o direito de as associações vedarem o completo uso de todas as facilidades e utilidades, sem que isso signifique qualquer distinção desarrazoada. Afinal, o Direito não pode albergar o locupletamento ilícito. Todavia, caso se confirmem essas inclinações em favor das associações, estaríamos deixando de considerar a cobrança como mera taxa associativa, mas verdadeira contraprestação pelos serviços prestados.

¹⁸ NICOTRA, Ricardo. *As taxas associativas em loteamentos fechados e a lei 13.465/17*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274130,101048As+taxas+associativas+em+loteamentos+fechados+e+a+lei+1346517>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

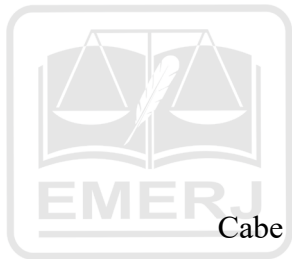
¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁰ NICOTRA, op. cit., nota 18.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Verbetes sumular nº 79*. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumula-79>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo administrativo nº 0032466-23.2015.8.19.0000*. Relator: Carlos Santos de Oliveira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004925332B3CF0AB11E0032B174BF EFE576C506142F1754&USER=>>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

²³ BRASIL, op. cit., nota 15.



Cabe ressaltar, ainda, que a Lei nº 13.465/2017²⁴ trouxe alterações na Lei nº 6.766/1979²⁵, passando a mencionar expressamente a atuação da associação de moradores, no art. 36-A. Todavia, a redação não traz parâmetros precisos que pudessem encerrar as diversas controvérsias sobre o tema, de modo que se continua carecendo de uma decisão dos Tribunais Superiores. Vitor Frederico Kümpe²⁶ alerta para os problemas que derivam dessa imprecisão normativa:

Estabelece-se uma vinculação entre os particulares e a associação, sem que se discriminem os objetivos para cuja consecução devem-se cotizar os titulares dos lotes. Ao que parece, a falta de indicação expressa da concorrência para as despesas abrirá as portas para uma multiplicidade de interpretações.

Ricardo Nicotra²⁷, por sua vez, já visualiza na redação do artigo 36-A um indício de que se caminha para o reconhecimento da obrigatoriedade da cobrança. Nas palavras do autor:

A redação do dispositivo não é muito clara numa primeira leitura, mas é possível, sem muito esforço exegético, deduzir que a intenção do legislador foi no sentido de estabelecer a obrigatoriedade do pagamento das taxas associativas pelos proprietários a despeito da inexistência de manifestação de vontade associativa por parte do proprietário.

De uma forma ou de outra, o que se sabe é que as cobranças envolvendo loteamentos fechados continuam a gerar grande discussão tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Persistem diversos debates sem resposta definitiva, como, por exemplo, o que fazer nos casos dos proprietários de imóveis anteriores à formação da associação, e que muitas vezes não tem condições de contribuir com a nova infraestrutura criada. Sob essa matéria, Luiz Carlos Figueira de Melo e Luciana Franco de Melo²⁸ advertem para a necessidade de que os proprietários tivessem conhecimento de que os serviços seriam de sua responsabilidade e não do Município.

Os novos instrumentos da lei 13.465/2017²⁹, a serem explorados mais adiante, podem dar algumas soluções para o caso, sobretudo por meio do condomínio de lotes, já que passa a haver de fato áreas comuns compartilhadas entre condôminos, sendo estes obrigados pela convenção do condomínio a realizarem o pagamento.

²⁴ BRASIL, op cit., nota 4.

²⁵ BRASIL, op cit., nota 12.

²⁶ KÜMPEL, op cit.

²⁷ NICOTRA, op cit.

²⁸ MELO, Luiz Carlos Figueira de; MELO, Luciana Franco de. *Parcelamento do solo urbano: da segurança jurídica à implantação dos loteamentos fechados*. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, ano 14, n. 83, p. 57-67, set./out. 2015. p. 64.

²⁹ BRASIL, op cit., nota 4.

3. DOS “LOTEAMENTOS FECHADOS” AO LOTEAMENTO DE ACESSO CONTROLADO E AO CONDOMÍNIO DE LOTES: COMO POSITIVAR AS ESTRUTURAS DE FATO AOS DITAMES LEGAIS

O loteamento regular, em sua essência, traz de um lado o surgimento de propriedades particulares – representadas pelos lotes que cabem a cada morador – bem como espaços públicos – representados por todas as vias e praças que se abrem com a criação dos lotes. Por isso que o termo “loteamento fechado” é uma contradição em si mesmo, motivo pelo qual é marcado pelas aspas, visto que o parcelamento do solo nessa modalidade implica o aparecimento de bens de uso comum do povo, de responsabilidade do Município.

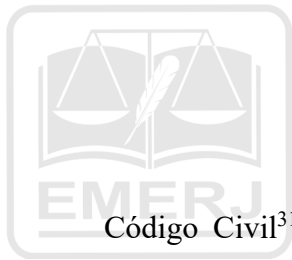
Esse suposto fechamento, por sua vez, pode se dar de duas formas distintas. De um lado, é possível que se obtenha um parcelamento regular, com a criação de lotes aprovados pela municipalidade, mas havendo um controle de acesso, a despeito de haver áreas reconhecidamente públicas. De outro, pode ser que nem mesmo tenha havido a chancela do município, sendo feita a fragmentação do solo urbano apenas no plano fático e não jurídico; é o que comumente se chama de condomínio de fato ou clandestino.

Em que pese se utilize o termo clandestinidade apenas para a segunda modalidade, ambas as formas de fechamento trazem problemas práticos. É sabido que os condomínios de fato são prática que deve ser combatida, uma vez que desrespeita o procedimento legal de parcelamento do solo. Entretanto, mesmo quando o parcelamento é feito de forma regular, mantêm-se as discussões até então exploradas, acerca da constitucionalidade de se limitar o acesso a áreas públicas, bem como cobrar taxas associativas dos proprietários não associados.

Curiosa e paradoxalmente, essas discussões constitucionais acabam não imperando quando adotada a forma de condomínio de fato – uma vez que não há o surgimento de nenhum espaço público – mas que não deixa de tornar esse modelo contrário à ordem jurídica. Essas inconsistências são a prova de que se mostrava necessário pensar em uma nova forma de organização do solo urbano.

A Lei nº 13.465/2017³⁰ trouxe, então, duas colaborações a fim de tentar solucionar os recorrentes impasses envolvendo a tão reiterada prática de fechamento de lotes: o loteamento de acesso controlado e o condomínio de lotes. Com isso, realizaram-se alterações tanto no

³⁰ BRASIL, op cit., nota 4.



Código Civil³¹ quanto na Lei de Parcelamento (Lei nº 6.766/1979)³², criando um regime jurídico diferenciado.

O loteamento de acesso controlado – como já explorado – incluído no §8º ao art. 2º da Lei nº 6.766/1979³³ trouxe a colaboração de reconhecer alguma forma de fiscalização do acesso a esses lotes, mesmo que se tratasse de áreas públicas, desde que não se impedisse por completo a passagem. Todavia, trata-se de mecanismo que só pode ser explorado quando se estiver diante de um loteamento regular, uma vez que pressupõe uma prévia autorização do município para a criação do loteamento.

Ademais, o tratamento legislativo que se deu para os loteamentos de acesso controlado ainda é muito restrito, limitando-se a solucionar o problema da liberdade de locomoção nesses locais. Não há um aprofundamento acerca de outros impasses, como a questão da atuação da associação de moradores, bem como o problema de, na prática, o controle muitas vezes se transformar em completo impedimento, visto que não há previsão de fiscalização dessa atividade.

Vítor Frederico Kümpe³⁴, ao explorar as particularidades do loteamento de acesso controlado faz justamente essas considerações acerca do novo instrumento:

O legislador andou bem ao fixar um acesso controlado, afastando o bloqueio total a terceiros não moradores. Perdeu-se a oportunidade, contudo, de: (i) estabelecer claramente os critérios justificadores da escolha do loteamento em vez do condomínio de casas, ou mesmo do condomínio de lotes; (ii) fixar adequadamente os limites do controle de acesso ao loteamento, de modo a não se permitir, na prática, um “bloqueio disfarçado”; (iii) indicar com precisão o regramento da relação jurídica estabelecida entre os particulares e a associação de moradores, especificamente no que concerne ao rateio das despesas comuns.

Talvez o instrumento que tenha sido mais eficiente nas inovações seja o condomínio de lotes. Este traz um regime jurídico bastante distinto e eficaz a fim de resolver a questão do que já se chamava popularmente de condomínio, mas sem que estivesse assim enquadrado de forma efetiva.

Antes da mudança legislativa, loteamento e condomínio não se confundiam. O primeiro seria uma forma de parcelamento do solo, marcada pela transferência ao município da

³¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 jul. 2019.

³² BRASIL, op. cit., nota 12.

³³ Ibid.

³⁴ KÜMPEL, op cit.

titularidade das áreas ao redor dos lotes, e o segundo seria um regime de copropriedade de uma área privada, mais especificamente das áreas comuns, em se tratando da modalidade edilícia.

Nas palavras de Ivan Carneiro Castanheiro e Andreia Mara de Oliveira³⁵, “legalmente, o condomínio deveria ter edificações de apartamentos ou casas e o loteamento não deveria ser fechado com guarita e controle de acesso, pois a restrição de locomoção da população, nas vias e praças públicas criadas pelo loteamento, seria indevida”.

Todavia, com a Lei nº 13.465/2017³⁶, foi introduzido o artigo 1.358-A ao Código Civil/02³⁷, que previu expressamente o condomínio de lotes como modalidade de condomínio. Trata-se da instituição de um regime semelhante ao condomínio edilício, caracterizado este pela presença de unidades autônomas e partes comuns. Na modalidade do art. 1.358-A do Código Civil/02³⁸, por sua vez, cada lote faz o papel de unidade autônoma, ao passo que as vias e praças abertas passam a integrar área comum, de propriedade conjunta de todos os condôminos.

Os moradores, portanto, deixam de ser meros proprietários ou mesmo associados, sendo considerados condôminos e se subordinando aos ditames da convenção de condomínio. Dessa forma, surgem apenas áreas privativas, em regime de propriedade exclusiva e copropriedade. Assim, resolve-se qualquer embate acerca da presença de espaços públicos, uma vez que deixa de haver transferência de titularidade ao município.

Soluciona-se, também, a controvérsia acerca da cobrança pelo uso e manutenção das áreas comuns, uma vez que não se trata mais de imposição de uma associação de moradores, mas cobrança legítima de uma cota condominial, prevista na própria convenção de condomínio, a qual obrigatoriamente deve ser paga por todos os condôminos. Não há dúvida quanto à necessidade do pagamento, pois o comando se extrai diretamente do art. 1.334, inciso I do Código Civil³⁹, aplicado por força do §2º do art. 1.358-A do Código Civil⁴⁰.

Diante dessa resposta legislativa mais completa dada pelo condomínio de lotes, aparentemente pode-se imaginar que não haja a necessidade de mais nenhum outro instrumento. Afinal, torna-se até mesmo dispensável falar em loteamento de acesso controlado quando já adotada a forma de condomínio de lotes.

³⁵ CASTANHEIRO, Ivan Carneiro; OLIVEIRA, Andreia Maia de. *A regularização dos loteamentos fechados e condomínios de lotes pela Lei 13.465/17*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/mp-debate-regularizacao-loteamentos-fechados-condominios-lotes>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

³⁶ BRASIL, op cit., nota 4.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 31.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.



Entretanto, é importante também observar como que esses novos instrumentos passarão a ser aplicados. O condomínio de lotes, por exemplo, é uma interessante alternativa para tentar regularizar os condomínios de fato, dos quais não se realizou o parcelamento que era necessário. Carlos Eduardo Elias de Oliveira⁴¹, porém, faz uma ressalva para a necessidade de se verificar a situação de propriedade tabular do terreno:

Se o terreno não estiver no nome dos titulares dos lotes na proporção da fração ideal que eles deverão de ter no condomínio edilício, será necessário que essa propriedade seja transmitida aos titulares dos lotes, o que poderá ocorrer por diferentes maneiras, como a legitimação fundiária (art. 23 da Lei nº 13.465/2017), a usucapião ou negócios jurídicos de transferência de imóvel.

Em se tratando, todavia, de hipótese em que foi feito o regular loteamento, com o efetivo registro deste, o condomínio de lotes encontra dificuldades em sua aplicação. Para Sylvio Capanema⁴², por mais que na teoria seja possível fazer a conversão, acredita o doutrinador que na prática isso se torna quase impossível, visto que seria necessário desafetar áreas públicas – o que costuma ser visto como medida pouco simpática –, além de depender de aprovação unânime, por mudar a natureza do empreendimento.

Nesses casos, então, parece interessante que tenha também a lei previsto a figura do loteamento de acesso controlado, uma vez que ao menos se consegue solucionar a questão da limitação de acesso, mesmo que ainda careça de regulamentação mais precisa. Sob essas considerações, Carlos Eduardo Elias de Oliveira⁴³ assevera que “a grande desvantagem, porém, desse arranjo imobiliário é que nenhum titular de lote é obrigado a contribuir financeiramente com as despesas havidas por eventual associação de moradores em proveito da coletividade”, o que reforça o que já se expôs até então sobre esse tema quanto à cobrança por associações.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que a Lei nº 13.465/2017 trouxe avanços inquestionáveis em matéria de melhor regularização e organização urbana, inclusive no que tange ao ponto central que se buscou analisar, qual seja, o controle de acesso aos loteamentos. O regime jurídico

⁴¹ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Novidades da Lei nº 13.465/2017: o condomínio de lotes, o condomínio urbano simples e o loteamento de acesso controlado*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/478658357/novidades-da-lei-n-13465-2017-o-condominio-de-lotes-o-condominio-urbano-simples-e-o-loteamento-de-acesso-controlado>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

⁴² CAPANEMA, Sylvio. *Direitos Reais*. Aula regular de Direito Civil ministrada no Curso de Especialização em Direito Público e Privado. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 19 mar. 2019.

⁴³ OLIVEIRA, op cit., nota 41.

anteriormente vigente era insuficiente para responder às principais controvérsias acerca do tema, não havendo consenso doutrinário nem mesmo jurisprudencial sobre qual seria a melhor solução, haja vista o envolvimento de questões de cunho constitucional, o que sempre divide opiniões.

É evidente que os grandes centros urbanos enfrentam problemas de segurança e muitas vezes de falta de recursos suficientes para atender aos anseios da população, de modo que a realidade prática acaba buscando soluções alternativas para satisfazer as constantes demandas.

O direito, assim, passa a ter um compromisso de não ir de encontro aos arranjos fáticos, mas sim buscar albergá-los a uma roupagem que tanto atenda às demandas desse grupo de habitantes, como também satisfaça ao interesse público em um sentido lato. O loteamento de acesso controlado e o condomínio de lotes são exemplos de instrumentos jurídicos que tentam atender a esses objetivos, demonstrando que o direito precisou se adequar à realidade das grandes cidades, sob pena de ser completamente ignorado por seus habitantes, o que estimularia o surgimento de irregularidades.

O condomínio de lotes foi eficiente para a resolução tanto do problema constitucional envolvendo o fechamento de vias públicas quanto da obrigatoriedade das cobranças de contribuição pela manutenção, por se tratar de relações privadas entre condôminos. Entretanto, igualmente necessária foi a previsão de loteamentos de acesso controlado, pois o condomínio de lotes encontra também alguns desafios em sua implementação, sobretudo em loteamentos que já tenham sido desafetados.

Entretanto, vê-se que ainda há tópicos que precisam de maior regulamentação. Perdeu-se, por exemplo, a oportunidade de melhor definir a atuação da associação de moradores, ou mesmo como proceder quando há moradores anteriores à formação do loteamento e que não tem condições de contribuir.

A Lei nº 13.465/2017 é silente quanto ao esclarecimento de algumas questões que ainda trazem inquietude. Torna-se, evidente, portanto, que ainda existe um trabalho a ser desenvolvido tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência e principalmente pela própria lei trazendo os contornos exatos da aplicação desses instrumentos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 jul. 2019.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2019.

_____. *Lei nº 4.591/64, de 16 de dezembro de 1964*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4591.htm>. Acesso em: 04 abr. 2019.

_____. *Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm>. Acesso em: 04 abr. 2019.

_____. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 17 jul. 2019.

_____. Ministério Público Federal. *Parecer nº 8642 / RJMB no RE 695.911-RG / SP*. Disponível em: <file:///C:/Users/Sony/Downloads/texto_2707464.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RESP nº 1439163/SP*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator. p/ Acórdão: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1374887&num_registro=201400379700&data=20150522&formato=PDF>. Acesso em: 18 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 695911/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2667151&numeroProcesso=745831&classeProcesso=AI&numeroTema=492>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *ADI nº 2053611-43.2014.8.26.0000*. Relator: Paulo Dimas Mascaretti. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/148670743/direta-de-inconstitucionalidade-adi-20536114320148260000-sp-2053611-4320148260000>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo administrativo nº 0032466-23.2015.8.19.0000*. Relator: Carlos Santos de Oliveira. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004925332B3CF0AB11E0032B174BF576C506142F1754&USER=>>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Verbete sumular nº 79*. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumula-79>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

CAPANEMA, Sylvio. *Direitos Reais*. Aula regular de Direito Civil ministrada no Curso de Especialização em Direito Público e Privado. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 19 mar. 2019.

CASTANHEIRO, Ivan Carneiro; OLIVEIRA, Andreia Maia de. *A regularização dos loteamentos fechados e condomínios de lotes pela Lei 13.465/17*. Disponível em: <

<https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/mp-debate-regularizacao-loteamentos-fechados-condominios-lotes>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

FERRAZ, Luciano. *Viabilidade da instituição de loteamento fechado com lastro em legislação municipal*. Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 87-91, jan./mar. 2016. Parecer.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *Loteamento de acesso controlado: outra inovação da lei 13.465/2017*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI267756,91041Loteamento+de+acesso+controlado+Outra+inovacao+da+lei+134652017>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

MELO, Luiz Carlos Figueira de; MELO, Luciana Franco de. *Parcelamento do solo urbano: da segurança jurídica à implantação dos loteamentos fechados*. Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU, Belo Horizonte, ano 14, n. 83, p. 57-67, set./out. 2015.

MUKAI, Toshio. *Consolidada a legalidade dos loteamentos fechados*. Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 66-71, jan./mar. 2016.

NICOTRA, Ricardo. *As taxas associativas em loteamentos fechados e a lei 13.465/17*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274130,101048As+taxas+associativas+em+loteamentos+fechados+e+a+lei+1346517>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

OLIVEIRA, Calos Eduardo Elias de. *Novidades da Lei nº 13.465/2017: o condomínio de lotes, o condomínio urbano simples e o loteamento de acesso controlado*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/478658357/novidades-da-lei-n-13465-2017-o-condominio-de-lotes-o-condominio-urbano-simples-e-o-loteamento-de-acesso-controlado>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

SILVA, Bruno Mattos e. *Legalidade ou ilegalidade dos loteamentos ou condomínios fechados*. Fórum de Direito Urbano e Ambiental FDU, Belo Horizonte, ano 7, n. 42, nov./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56047>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.



RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JUDICIAIS: PRISÃO PREVENTIVA E POSTERIOR ABSOLVIÇÃO

Caio Mendonça de Oliveira Rodrigues

Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense

Resumo – A segurança pública é uma questão de extrema relevância na sociedade moderna. Assim, visando atender aos anseios sociais, o Estado faz uso de mecanismos que possam dar maior efetividade a aplicação da lei penal. A prisão preventiva é um desses mecanismos, talvez o mais importante deles, submetendo o denunciado à medida privativa de liberdade, com fundamento no perigo de sua liberdade e na probabilidade da prática do crime. A essência do trabalho é abordar a possibilidade de responsabilização do Estado e do magistrado nas hipóteses em que, após submeter esse indivíduo a prisão preventiva, ele é inocentado.

Palavras-chave – Responsabilidade Civil do Estado. Prisão Preventiva. Absolvição Definitiva.

Sumário – Introdução. 1. Da responsabilidade civil do estado por ato lícito e dano desproporcional. 2. Responsabilidade na concessão de medidas cautelares: comparativo entre o processo civil e o processo penal. 3. Da responsabilidade pessoal do magistrado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica debate a possibilidade de responsabilização civil do Estado por atos judiciais, especificamente na hipótese em que o indivíduo é submetido a prisão preventiva e posteriormente inocentado.

A prisão preventiva é instrumento de notória importância para a eficácia da lei penal, assegurando que o acusado pela prática de um crime submeta-se ao regime do devido processo penal. Contudo, ela é também a medida cautelar mais gravosa prevista no Código de Processo Penal, cerceando a liberdade do indivíduo que, até então, não pode ser encarado como culpado pelo crime que lhe é imputado.

Por se tratar de medida extrema, exige-se, além da observância dos requisitos legais dos arts. 312 e 313, do CPP, que juízes e tribunais determinem a aplicação dessa medida apenas em hipóteses nas quais as demais medidas cautelares diversas da prisão se revelarem ineficientes. O ordenamento jurídico pátrio exige que a prisão preventiva seja utilizada com parcimônia, apenas em casos excepcionais, pois, em regra, deve-se garantir ao acusado o seu direito fundamental à liberdade, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No entanto, o que se verifica no cotidiano forense é um uso indiscriminado da prisão preventiva, a qual passa a atender a uma finalidade diversa da que lhe foi atribuída pelo

legislador. A medida deixa de visar a garantia de aplicação da lei penal ao acusado e passa a servir como instrumento de antecipação do efeito prático de uma futura condenação, a qual, em tese, ainda é incerta. Percebe-se que os requisitos legais trazidos pelo legislador e pela jurisprudência para a decretação da prisão preventiva, em muitos casos, são ignorados, de modo que a apreciação da matéria é restringida apenas ao juízo de probabilidade de uma futura condenação.

Nesse contexto, é possível que, no curso de um processo penal, o indivíduo seja submetido a prisão preventiva, mas, ao final, seja absolvido. Nessa hipótese, o indivíduo sofre um grande dano, não só a sua integridade física como também a sua integridade psíquica, ao ver sua liberdade cerceada pelo Estado, sendo que nunca praticou o crime de que fora acusado.

É esse dano suportado pelo indivíduo inocentado que faz surgir a indagação quanto ao surgimento de um dever de indenizar por parte do Estado. Trata-se de um dano de grande extensão praticado pelo ente público contra um indivíduo que nunca tomou parte nos crimes que lhe foram imputados. Ainda que se trate de um ato legal, o prejuízo suportado pelo indivíduo enseja uma dúvida quanto ao cabimento ou não de uma compensação.

Assim, no primeiro capítulo, será analisado o cabimento ou não de indenização ao particular, fundada na responsabilidade civil do Poder Público, nos casos de decretação da prisão preventiva e posterior absolvição, independentemente de estarem presentes ou não os requisitos legais para a decretação da medida cautelar.

No segundo capítulo, será realizado um exame comparativo entre a sistemática adotada no processo civil e no processo penal, em relação à responsabilidade civil em decorrência de medidas cautelares.

O terceiro capítulo será destinado a possibilidade ou não de ação regressiva do Estado em face do magistrado que decretou a prisão preventiva ou que a manteve, buscando ressarcir-se da indenização paga ao indivíduo indevidamente encarcerado.

A pesquisa será desenvolvida pelo método dialético, à medida que o pesquisador pretende se valer de uma tese, qual seja, o dever de indenizar do Estado em casos que o inocente foi submetido a prisão preventiva, e irá confrontá-la com uma antítese, enfrentando os argumentos contrários levantados pela doutrina e pela jurisprudência, obtendo-se ao final do trabalho uma síntese.

A abordagem do tema dessa pesquisa será qualitativa, de modo que o pesquisador pretende consultar a bibliografia pertinente a temática da responsabilidade civil do Estado, o que inclui a legislação, a doutrina e a jurisprudência pertinentes a questão.



1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO LÍCITO E DANO DESPROPORCIONAL

A responsabilidade civil do Estado encontra previsão constitucional genérica no art. 37, §6º, da CRFB¹, estabelecendo o dever de indenizar o indivíduo sempre que estiverem presentes três elementos: o fato administrativo, o dano e o nexo causalidade. O texto constitucional dispensa o elemento culpa, fixando como regra a responsabilidade objetiva do Poder Público pelos atos lesivos praticados pelos seus agentes no exercício da função.

Em relação ao fato administrativo, definido como uma conduta estatal positiva ou negativa², ele pode consistir numa conduta ilícita ou não. Não se exige que o ato praticado pelo agente público seja necessariamente contrário ao direito. Admite-se que até mesmo um ato legal dê ensejo a responsabilização civil do Estado, sobretudo quando o dano suportado pelo indivíduo for específico e desproporcional.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³ assevera:

Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais.

Quando o ato lesivo praticado pelo Estado consistir em um ato jurisdicional, a Constituição Federal de 1988 traz uma regra específica em seu art. 5º, inciso LXXV⁴, ao dispor que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário e o que ficar preso além do tempo fixado em sentença. Além dessas hipóteses, o inciso LXXVIII⁵, do mesmo dispositivo, ao garantir a todos o direito a razoável duração do processo, traz outra hipótese de responsabilidade do Estado em decorrência de ato judicial, consistente na demora da prestação jurisdicional.

Essas são as três hipóteses reconhecidas pela doutrina⁶ e pela jurisprudência⁷ como ensejadoras de responsabilidade civil do Estado. Fora desses casos, a regra seria a

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 30 set. 2019.

² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2017, p. 755.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.679.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵ Ibid.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 323 e 326.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 429518/SC*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo357.htm#Transcricoes>> Acesso em: 08 abr. 2019.

irresponsabilidade do Estado por atos judiciais, a qual só poderia ser excepcionada por expressa previsão legal.

Nesse contexto, no caso em que o indivíduo é submetido a prisão preventiva e posteriormente absolvido, argumenta-se que seria inviável impor ao Estado o dever de indenizar o indivíduo pelos danos sofridos, justamente pela ausência de previsão constitucional nesse sentido. Preenchidos os requisitos dos arts. 312 e 313, do CPP⁸, a decisão que determina a prisão preventiva do acusado é ato judicial que não incide em nenhuma das hipóteses supracitadas de responsabilização do ente público, não podendo sequer ser tratada como erro judiciário.

O raciocínio, nesse ponto, não merece reparos. De fato, não é possível falar em erro judiciário nesse caso. Contudo, tampouco é possível afirmar que a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais esteja restrita às três hipóteses mencionadas anteriormente.

No caso da prisão preventiva do indivíduo com posterior absolvição, a hipótese deve ser de responsabilidade civil do Estado por ato lícito, fundado no dano desproporcional. Importante ter em mente que o indivíduo nunca praticou os crimes que lhe foram imputados e ainda assim foi submetido ao encarceramento. Dessa forma, o Estado, por meio de um ato judicial lícito, causa danos de extrema gravidade ao indivíduo e que não podem ser simplesmente ignorados, sob o argumento de ausência de previsão constitucional expressa.

É notório que as prisões brasileiras se encontram em condições deploráveis até mesmo para aqueles que são condenados em segunda instância ou com trânsito em julgado. O indivíduo encarcerado suporta danos de grande extensão de natureza psicológica, emocional e, em muitos casos, até mesmo física. Inclusive, o STF já reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, com a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura⁹.

Relevante pontuar que, quando o indivíduo é preso, não é apenas a sua liberdade que está sendo privada, mas também vários outros direitos fundamentais são violados, tais como a sua integridade física, a sua integridade psíquica, a sua honra, dentre outros, que compõe a sua dignidade. No caso específico da prisão preventiva, o cenário é ainda mais grave, haja vista

⁸ BRASIL, *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 30 set. 2019.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347 MC/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm#Sistema%20carcer%C3%A1rio:%20oestado%20de%20coisas%20inconstitucional%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direito%20fundamental%20-%20206>> Acesso em: 08 abr.2019.



a inexistência de prazo para sua duração e a ausência de uma sentença penal condenatória que a dê suporte.

A violação ao princípio da proporcionalidade nesse caso é flagrante. Tal princípio, utilizado como parâmetro de análise da legitimidade dos atos públicos, divide-se em três subprincípios a serem examinados sucessivamente: adequação, que consiste na capacidade do ato de produzir os efeitos que dele se espera; necessidade, que implica em avaliar se o ato praticado é o menos lesivo possível aos direitos fundamentais de terceiros; e proporcionalidade em sentido estrito, que representa o sopesamento entre as vantagens e as desvantagens que o ato produz¹⁰.

A decretação da prisão preventiva, mesmo nos casos de posterior absolvição, desde que preenchidos os requisitos legais, se mostra adequada e necessária a garantir a efetividade e aplicação da lei penal e processual penal. Todavia, o problema está justamente na proporcionalidade em sentido estrito. Por mais que a prisão preventiva seja uma medida cautelar fundamental para assegurar o devido processo penal, na hipótese de o preso ser absolvido, a desvantagem produzida, qual seja, a lesão a dignidade do indivíduo, supera em muito as vantagens obtidas com a prisão.

Portanto, é preciso concordar com Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹¹, quando ensina que o direito à indenização para o indivíduo preso preventivamente e posteriormente absolvido decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto expressamente no art. 1º, III, da CRFB, como fundamento da República Federativa do Brasil.

Aqueles que sustentam a impossibilidade de responsabilização civil do Estado nesses casos afirmam também que a decretação da prisão preventiva não demanda do magistrado um juízo de certeza quanto a culpabilidade do réu, bastando para tanto indícios suficientes de autoria¹². Sendo assim, seria impossível ao Judiciário evitar uma possível prisão preventiva de alguém que venha a ser absolvido, mesmo porque a medida cautelar é decretada antes de se concluir pela condenação do acusado.

O entendimento, apesar de estar correto, também não convence. Isso, porque o argumento foca no elemento conduta para afastar a responsabilidade civil, ignorando o elemento dano. Como dito anteriormente, a decretação da prisão preventiva consiste em um ato

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 416 e 417.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 652.

¹² OLIVEIRA, op. cit., p. 781.

lícito, com fundamento legal. O foco da responsabilidade civil nesse caso não pode estar na conduta do ente público, mas no dano que essa conduta, apesar de lícita, é capaz de provocar. Ainda que observadas rigorosamente todas as exigências legais para a imposição dessa medida cautelar, nada muda o fato de que o Estado encarcerou, por tempo indeterminado e baseado em mero juízo de probabilidade, um ser humano inocente.

Sobre o princípio da proporcionalidade, merecem destaque as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet¹³, quando ensina que:

Para a efetivação de seus deveres de proteção, o Estado – por meio da atuação de seus órgãos ou agentes – corre o risco de afetar de modo desproporcional outro(s) direito(s) fundamental(is), inclusive o(s) direito(s) de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiros.

As lições supratranscritas se amoldam com perfeição ao caso em análise. O Estado, buscando cumprir com o seu dever de segurança pública, acaba por submeter o acusado a prisão preventiva e, ao final do processo, se vê obrigado a inocentá-lo, seja porque restou comprovado que o denunciado nunca participou dos fatos narrados na denúncia, seja por falta de provas de sua culpabilidade. O Poder Público provoca um dano desproporcional ao indivíduo, enquanto atua para proteger o direito à segurança pública de toda a coletividade.

Por fim, um último argumento apresentado pela doutrina majoritária, que não admite a indenização do indivíduo nas hipóteses de prisão cautelar e posterior absolvição, é o de que, se reconhecida a responsabilidade civil do Estado nesses casos, então também seria necessário reconhecer o direito a indenização para o indivíduo que fosse apenas processado, pois o processo penal, por si só, já é suficiente para gerar constrangimento ao acusado¹⁴.

Data maxima venia, mas o argumento é inadmissível. Embora o simples fato de ser denunciado ou investigado pela prática de um crime já seja o suficiente para causar vexame a qualquer pessoa, esse dano é ínfimo se comparado ao dano gerado pelo encarceramento. O que aqui se propõe é a indenização do indivíduo preso preventivamente e posteriormente absolvido, situação completamente diferente daquele que responde ao processo penal em liberdade e posteriormente também é absolvido. A desproporcionalidade do dano não pode ser aferida com a mesma facilidade na hipótese de haver apenas processo, sem prisão cautelar.

Logo, o que se observa é que os argumentos suscitados para afastar a responsabilidade civil do Estado, na hipótese de prisão preventiva com futura absolvição, se

¹³ SARLET, op. cit., p. 416.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 326 e OLIVEIRA, op. cit., p. 781.



mostram inconsistentes. O dano suportado pelo indivíduo preso nesses casos já é suficiente para demandar uma indenização por parte do Poder Público, ainda que não se verifique no caso concreto a prática de qualquer ato ilegal.

2. RESPONSABILIDADE NA CONCESSÃO DE MEDIDAS CAUTELARES: COMPARATIVO ENTRE O PROCESSO CIVIL E O PROCESSO PENAL

Conforme já destacado anteriormente, a tese defendida no presente artigo é a possibilidade de responsabilização civil do Estado, em caso de prisão preventiva e posterior absolvição, fundada no dano desproporcional causado pela prática de ato lícito. A ideia é reconhecer ao réu o direito a indenização pelo gravíssimo dano a que é submetido em tais casos, com insuportável violação a sua dignidade.

A necessidade de responsabilização do Estado em tais casos torna-se ainda mais evidente, quando se analisa a sistemática da responsabilidade pela concessão de medidas cautelares, no âmbito do processo civil.

Nos termos do art. 302, I, do CPC¹⁵, independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte contrária, sempre que a sentença lhe for desfavorável. Trata-se de hipótese de responsabilidade civil objetiva da parte beneficiada pela tutela provisória, ou seja, independe de comprovação de culpa. Essa sistemática é aplicável tanto nas hipóteses de tutela de urgência, quanto de tutela da evidência¹⁶.

O legislador criou, no âmbito do processo civil, uma regra que impõe à parte beneficiada por uma tutela provisória o dever de indenizar a parte adversa, sempre que esta se sagrar vencedora na demanda e sofrer danos em razão da medida. Inclusive, o parágrafo único, do art. 302, do CPC, dispensa a necessidade do ajuizamento de ação autônoma para pleitear essa indenização, podendo ser liquidada no mesmo processo em que a tutela foi concedida.

Aplica-se nesse caso a teoria do risco-proveito, entendendo o legislador que a parte que se beneficia da concessão de uma tutela provisória, deve também arcar com os riscos que dela decorrem¹⁷. Quando a parte formula pedido de concessão de tutela provisória deve estar ciente de que, caso reste vencida na demanda, deverá indenizar a parte vencedora por eventual

¹⁵ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 30 set. 2019.

¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.505.

¹⁷ *Ibid.*, p. 505.

prejuízo que esta venha a sofrer. A medida é salutar até mesmo para impedir pedidos irresponsáveis de concessão de medida cautelar.

Aliás, cabe frisar que não se trata de inovação legislativa trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, pois a legislação anterior já trazia, no inciso I, do art. 811¹⁸, regra semelhante, determinando que o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida se a sentença no processo principal lhe for desfavorável.

Portanto, o cenário que se visualiza no ordenamento jurídico brasileiro é o seguinte: no direito processual civil, em que, ressalvada a hipótese de execução de alimentos, nenhuma medida judicial será capaz de determinar a prisão do indivíduo, é reconhecida a responsabilidade civil daquele que se beneficia de medida cautelar e posteriormente resta vencido na demanda; ao passo que, no direito processual penal, caso seja determinada a prisão preventiva do réu e este for absolvido, é negada a responsabilidade civil daquele que se beneficiou da medida cautelar.

O Estado brasileiro é sensível com aquele que eventualmente sofra um dano meramente patrimonial em decorrência de uma medida cautelar, impondo à parte vencida ao final do processo o dever de indenizar a parte prejudicada pela medida, mas é incapaz de demonstrar a mesma sensibilidade com o indivíduo que se vê privado de sua liberdade, por tempo indeterminado, sem que nunca tenha cometido o crime pelo qual fora denunciado.

A indiferença que o Estado demonstra com relação ao indivíduo no caso em comento é gritante. O Estado se beneficia diretamente da aplicação da medida cautelar, submetendo o indivíduo ao cárcere e garantindo a aplicação da lei penal, mas não assume qualquer responsabilidade, caso não consiga comprovar o envolvimento desse indivíduo nos crimes que lhe são imputados.

Note que a violação ao princípio da proporcionalidade não está presente apenas no dano causado pelo ato estatal, conforme analisado no primeiro capítulo. A proporcionalidade é violada também pela diferença de tratamento que o direito pátrio confere, no âmbito do processo civil e do processo penal, à responsabilidade civil pela concessão de medidas cautelares. No processo penal, a responsabilidade civil pela imposição de medidas cautelares é restrita às hipóteses de ilegalidade, apesar de tais medidas serem capazes de produzir um dano que atinja a própria dignidade humana do indivíduo. Já no processo civil, a responsabilidade

¹⁸ BRASIL. *Lei n° 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm> Acesso em: 15 out. 2019.

pela imposição de medidas cautelares depende apenas de uma sentença desfavorável e o dano provocado a parte contrária, pouco importando a natureza desse dano.

Essa irresponsabilidade por parte do Estado em casos de prisão preventiva fica ainda mais clara quando levados em consideração os dados referentes a população carcerária brasileira. Segundo dados levantados pelo Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, ligado ao Conselho Nacional de Justiça, e divulgados no Cadastro Nacional de Presos de Agosto de 2018, os presos provisórios representavam 40,14% da população carcerária brasileira, o que representa 241.090 presos sem condenação¹⁹.

A partir desses dados, é possível perceber que a prisão preventiva é utilizada com enorme frequência pelo Estado para garantir a aplicação da lei penal ao réu. Priva-se o indivíduo de sua liberdade para assegurar a eficiência da persecução penal.

Trata-se, é verdade, de medida perfeitamente legítima do ponto de vista jurídico, que pode ser utilizado pelo Estado, quando estiverem presentes os requisitos legais que o autorizam. Além disso, é importante esclarecer que o objetivo desse trabalho não é realizar uma crítica ao uso excessivo de prisões preventivas no âmbito do processo penal. O presente artigo não se destina a essa finalidade.

Contudo, esse uso massivo da prisão preventiva não pode vir desacompanhado de responsabilidade. Não é possível que o Estado se utilize recorrentemente de medida cautelar tão extrema, capaz de gerar grave violação à dignidade do indivíduo, sem que possa ser responsabilizado pelos danos dela decorrentes. Se de um lado é verdade que a prisão preventiva se mostra instrumento juridicamente idôneo a serviço do Estado, por outro lado também é verdade que o dano causado por esse instrumento é indubitavelmente desproporcional quando a culpabilidade do réu não foi suficientemente comprovada.

3. DA RESPONSABILIDADE PESSOAL DO MAGISTRADO

Fixada a possibilidade e a necessidade de responsabilização civil do Estado na hipótese de prisão preventiva e posterior absolvição, cabe então avaliar a possibilidade de responsabilização pessoal do magistrado.

¹⁹ CNJ - Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Estatístico de Agosto de 2018*, do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0>> Acesso em: 02 fev. 2019.

Segundo a regra contida no art. 37, §6º, da CRFB²⁰, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado ao Estado o direito de regresso em face do agente público, desde que comprovado dolo ou culpa.

Portanto, a regra contida na Carta Constitucional é no sentido de que, os agentes públicos que eventualmente causarem danos a terceiros, só poderão ser demandados pelo ente a que estão vinculados, com fundamento em responsabilidade civil subjetiva. Do contrário, caberá ao ente arcar com o prejuízo decorrente da indenização paga ao terceiro prejudicado.

Ocorre que, no caso em análise, trata-se de responsabilidade civil do Estado em decorrência de um ato jurisdicional. Não se trata de ato praticado por um agente público comum, mas de um ato praticado por um magistrado, no estrito desempenho da função jurisdicional. Para tais agentes públicos, o legislador infraconstitucional previu uma regra específica, restringindo as hipóteses de cabimento da ação regressiva pelo Estado.

Nos termos do art. 143, caput, do CPC, o juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos em dois casos²¹. O inciso I prevê o caso de o juiz, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude. O inciso II prevê quando o juiz recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

As mesmas hipóteses previstas nesse dispositivo, também constam do art. 49, da LC 35/79, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional²².

A hipótese do inciso II, do dispositivo supratranscrito não é aplicável ao caso em tela, haja vista não se tratar de hipótese de recusa, omissão ou retardamento injustificado da parte do magistrado. A hipótese em tela, poderia apenas se amoldar a previsão do inciso I, prevendo a possibilidade de responsabilização do magistrado quando, no exercício de suas funções, agir com dolo ou fraude.

Percebe-se que o dispositivo infralegal exige mais para responsabilizar o magistrado, do que o dispositivo constitucional exige para a responsabilização dos agentes públicos em geral. A culpa, conceituada como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com produção de um resultado danoso involuntário, mas previsível²³, por si só, não é suficiente para a procedência da ação regressiva estatal em face do juiz.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 15.

²² BRASIL. *Lei Complementar nº 35*, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm> Acesso em: 15 out. 2019.

²³ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 53.



É necessária a demonstração de dolo ou fraude. O dolo é conceituado como a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito²⁴. A fraude “é uma manobra enganosa destinada a iludir alguém, configurando também, uma forma de ludibriar a confiança que se estabelece naturalmente nas relações humanas”²⁵.

No entanto, é preciso ter em mente que o art. 143, I, do CPC²⁶, prevê hipóteses de responsabilidade do magistrado pela prática de ato ilícito. Em tais casos, o juiz age de modo a desejar o resultado ilícito ou age de má-fé, visando causar dano a outrem ou em benefício próprio.

Logo, no que se refere ao caso de prisão preventiva e posterior absolvição, o referido dispositivo será aplicável apenas quando o magistrado já sabe de antemão que o réu é inocente, mas, com o fim de lhe causar dano ou obter vantagem para si, decreta a prisão processual. Em tais casos, tanto a responsabilidade do Estado quanto a responsabilidade do magistrado são indiscutíveis.

O presente artigo, porém, trata da hipótese em que a prisão preventiva é validamente decretada, mas o réu acaba por ser absolvido ao final do processo. Não se refere, portanto, à responsabilidade civil do Estado pela prática de ato ilícito por parte do magistrado, mas pela prática de um ato lícito. Nesses casos, a única conclusão possível é pela irresponsabilidade do magistrado.

Primeiro, porque, em se tratando de ato lícito, a conduta configura exercício regular de direito do Estado, o qual o exerce por meio do juiz. O exercício regular de direito pode ser conceituado como o desempenho de uma atividade ou a prática de uma conduta autorizada por lei²⁷. Além disso, o exercício dessa atividade ou conduta deve respeitar os estritos limites impostos pelo ordenamento. Sendo assim, se o ordenamento jurídico confere ao sujeito um direito, não pode puni-lo quando esse direito é exercido por ele dentro dos limites estabelecidos. Seria uma contradição insuportável do ordenamento, impor uma sanção àquele que usufrui adequadamente de um direito que lhe é conferido pelo legislador.

Segundo, porque, no momento em que o magistrado decreta a prisão preventiva, em sua decisão não há juízo de certeza quanto a culpabilidade do réu. Cabe ao magistrado analisar tão somente o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*, ou seja, realiza-se uma

²⁴ *Ibid.*, p. 49.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte especial*: arts. 121 a 212 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 362.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral*: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 487.

análise sumária quanto probabilidade de o réu ter praticado o crime narrado na denúncia e o risco para o processo caso o réu permaneça em liberdade.

Note que, ao contrário do que sustenta a maior parte da doutrina²⁸, o argumento de que a prisão processual destina-se a garantir a eficácia do processo, sem importar em juízo de condenação do acusado, não serve para afastar a responsabilidade civil do Estado na situação analisada, mas tão somente para justificar a impossibilidade de responsabilização do magistrado.

Terceiro, pois não há previsão legal que possibilite a responsabilização do magistrado fora das hipóteses do art. 143, do CPC. Dessa forma, ausente autorização legislativa, deve-se prestigiar a independência funcional do magistrado, conferindo-lhe segurança jurídica para que decida o caso da forma como entender juridicamente mais adequada, sem receio de que possa ser responsabilizado por suas decisões.

Sobre a importância da autonomia funcional dos magistrados, Gilmar Ferreira Mendes chega a afirmar que “no Estado Democrático de Direito, a independência judicial é mais importante para a eficácia dos direitos fundamentais do que o próprio catálogo de direitos contido nas Constituições”²⁹.

De fato, a afirmação é irretocável. De nada adianta que o ordenamento jurídico atribua direitos aos sujeitos, se, quando tais direitos são lesados ou ameaçados, elas não dispõem de um magistrado independente para conferir-lhes a tutela judicial adequada. Trata-se, em última análise, da própria efetividade da garantia de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB.

Por todo o exposto, conclui-se pela impossibilidade de o Estado ajuizar ação regressiva em face do magistrado, nos casos em que o ente público é obrigado a indenizar o indivíduo preso preventivamente e posteriormente absolvido, ressalvada a hipótese em que restar comprovado que o magistrado agiu com dolo ou fraude.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa teve por objeto a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, abordando especificamente a hipótese de decretação de prisão preventiva em

²⁸ Por todos, OLIVEIRA, op. cit., p. 781.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva educação; 2018, p. 1.132.

face de um indivíduo e sua posterior absolvição definitiva no processo penal. O tema se mostra relevante, pois, apesar de o direito à indenização do indivíduo parecer intuitivo, doutrina majoritária e a jurisprudência dos tribunais superiores se posicionam firmemente pela negativa desse direito.

Suscita-se como argumento principal, para negar a responsabilidade civil do Poder Público nesses casos, a ausência de previsão constitucional. Afirma-se que a responsabilidade civil do ente público por atos jurisdicionais estaria restrita as hipóteses de erro judiciário ou de prisão além do tempo fixado na sentença, na forma do art. 5º, LXXV, da CRFB, bem como na demora da prestação jurisdicional, violando a garantia da duração razoável do processo, prevista no inciso LXXVIII, do mesmo dispositivo constitucional.

Além disso, os defensores da irresponsabilidade do Estado em tais hipóteses argumentam ainda que a decretação da prisão preventiva não demanda um juízo de certeza quanto a culpabilidade do acusado e que o processo penal, por si só, já seria capaz de gerar um dano a honra e imagem do réu.

Verificou-se, porém, que, apesar dos argumentos suscitados, a responsabilidade civil do Estado, na hipótese de prisão preventiva e posterior absolvição, é perfeitamente viável, com fundamento no dano desproporcional decorrente de ato lícito.

O Estado-Juiz ao decretar a prisão preventiva do indivíduo pratica um ato juridicamente legítimo, todavia, quando o indivíduo preso é absolvido ao final do processo, seja porque sua inocência restou comprovada ou por falta de provas, percebe-se que esse ato causou ao indivíduo um dano intolerável a sua dignidade. A desproporcionalidade do dano gerado se faz presente, à medida que o Estado é incapaz de demonstrar satisfatoriamente a culpabilidade do indivíduo, e mesmo assim o submete ao cárcere.

Tal desproporcionalidade não se verifica na hipótese do indivíduo ser meramente denunciado, mas responder ao processo em liberdade. O dano gerado pela denúncia, por si só, é ínfimo se comparado ao dano que uma medida cautelar como prisão preventiva pode gerar ao denunciado.

Outrossim, considerando se tratar da hipótese de responsabilidade civil do Poder Público fundada em ato lícito, mostra-se irrelevante o fato de a prisão preventiva não exigir do magistrado uma análise definitiva da culpabilidade do agente, pois o dever de indenizar nesse caso decorre do dano causado e não da conduta.

A necessidade de reconhecer a responsabilidade civil estatal nesses casos revela-se ainda mais evidente quando analisada a sistemática de responsabilidade civil decorrente de medidas cautelares estabelecida no âmbito do processo civil. Basta o mero dano patrimonial,

para que seja imposto o dever de indenizar àquele que teve a favor de si deferida uma medida cautelar e ao final do processo civil restou vencido.

Logo, é possível notar uma dupla violação à proporcionalidade: no dano gerado ao sujeito preso cautelarmente e depois absolvido; e na diferença de tratamento conferido pelo ordenamento jurídico ao processo civil e ao processo penal, no que tange a responsabilidade em razão de medidas cautelares.

No entanto, é importante fixar que essa responsabilidade do Estado não deve implicar na responsabilidade pessoal do magistrado, tendo em vista que a prisão preventiva, quando lícitamente decretada, constitui exercício regular de direito e não depende de uma análise definitiva da culpabilidade do réu. Ademais, o magistrado responde por seus atos jurisdicionais apenas em caso de dolo ou fraude, sendo a irresponsabilidade a regra nos demais casos, privilegiando a liberdade funcional desse agente.

Portanto, conclusão que se alcança é que não pode o Estado fechar os olhos para o dano sofrido pela pessoa submetida a prisão processual e posteriormente inocentada. Isso, porque, embora não haja previsão expressa de possibilidade de indenização nesse caso, não se pode ignorar a abominável violação à dignidade da pessoa humana, esta sim constitucionalmente prevista como fundamento da República Federativa do Brasil, por força do art. 1º, III, da CRFB.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 30 set. 2019.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 30 set. 2019.

_____. *Lei Complementar nº 35*, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm> Acesso em: 15 out. 2019.

_____. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm> Acesso em: 15 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 429518/SC*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo357.htm#Transcricoes>> Acesso em: 08 abr. 2019.



Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347 MC/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm#Sistema%20carcer%C3%A1rio:%20estado%20de%20coisas%20inconstitucional%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direito%20fundamental%20-%206>> Acesso em: 08 abr. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Estatístico de Agosto de 2018*, do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0>> Acesso em: 02 fev. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

O *BIG DATA* E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Camila de Rezende Guerra

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida - UVA. Advogada.

Resumo – A abordagem sobre o grande cérebro virtual de armazenamento e processamento busca revelar o que há de mais atual no campo tecnológico e, abalizar, de modo abreviado, seu impacto nas relações sociais e digitais entre membros de uma sociedade. Cumprindo, ainda, destacar a chamada sociedade da informação, termo que surgiu no século XX, momento em que a tecnologia obtivera grandes avanços. Além do mais, o presente artigo visa compatibilizar a utilização de informações pessoais por bancos de dados, com as mais variadas finalidades, e a proteção aos direitos da personalidade, sobretudo ao direito à intimidade e à privacidade. Identificar, ainda, os movimentos legislativos em prol da preservação aos referidos direitos.

Palavras-chave – Direito Civil. Direitos da Personalidade. *Big data*. Marco Civil da Internet.

Sumário – Introdução; 1. Contextualização do *BigData*; 2. Os direitos da personalidade sob a perspectiva do *BigData*; 3. Instrumentos legais de proteção à intimidade como direito fundamental; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a problematização das novas tecnologias de armazenamento de dados e a eventual violação aos direitos da personalidade. A sua relevância encontra-se na abordagem, ainda incipiente, das relações e das consequências entre o advento de inovações tecnológicas, mais especificadamente o *Big data*, e os direitos da personalidade, delineando as respostas jurídicas adequadas para a proteção de tais direitos.

A essência do desenvolvimento tecnológico é a transformação: tornar o impossível em possibilidade, publicar o que antes era tido por impúblicável, buscando, cada vez mais, a facilidade de acesso a quaisquer informações disponíveis no mundo virtual e tecnológico. A sociedade anseia por facilidade na comunicação, e com isso, adere às mais sofisticadas plataformas digitais, criando, assim, um novo modelo de sociedade: a chamada Sociedade da Informação.

Esse desenvolvimento, porém, não surge livre de agressões a direitos inerentes à privacidade do homem e à sua vida em sociedade. Incontáveis são as notícias veiculadas na



grande mídia de violação do arcabouço de direitos da personalidade resultante do mau manuseio de dados pessoais e o impacto nas relações pessoais.

O direito contemporâneo, em bravo descolamento da já datada pretensão legislativa de completude oitocentista, pretende oferecer os instrumentos jurídicos para compatibilizar o interesse público em observar os movimentos on-line de cada indivíduo e a proteção dos dados pessoais de cada um. Nesse contexto da sociedade da informação, de facilidade ao acesso de bases de dados privados, é certo que os dados pessoais demandam maior proteção.

O Marco Civil da Internet é reconhecidamente um exemplo de postura legislativa dinâmica comprometida com a proteção das relações sociais, em que se empreendeu o uso de cláusulas gerais, em evidente vocação expansionista, buscando suprir lacunas jurídicas e reduzir a lentidão inerente ao direito no acompanhamento das invenções tecnológicas. Entretanto, não é o único instrumento em voga que possui como finalidade a proteção de dados pessoais.

No primeiro capítulo deste trabalho busca-se identificar a relevância do surgimento de novas tecnologias e contextualizar, de modo mais detido, a dinâmica do fenômeno tecnológico chamado *Big data* e o seu impacto sobre as mais diversas áreas tratadas no mundo jurídico.

Já, no segundo capítulo, percorre-se a evolução dos direitos da personalidade e a sua compatibilidade com a fluidez das informações sob a perspectiva do *Big Data*. Ainda nesse contexto de conformar o direito ao acesso amplo à informação e a proteção aos direitos à intimidade e à privacidade, como são classificados os direitos da personalidade, refletindo diretamente nos direitos fundamentais, será visto que o aumento ao acesso à informação traz consigo uma maior vulnerabilidade à pessoa humana.

Por fim, o terceiro capítulo procura apresentar, a partir do Marco Civil da Internet e as demais legislações protetivas, a potencial efetividade dos instrumentos jurídicos brasileiros na busca da proteção dos dados pessoais, cuidando, assim, da preservação de direitos fundamentais da pessoa humana em sua relação horizontal e vertical, ou seja, sua relação com outro particular, bem como a relação homem e Estado.

Com o objetivo de alcançar os resultados pretendidos, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, vez que a pesquisa tem a finalidade de apresentar e explicar o fenômeno das novas tecnologias e sua conformação com os direitos da personalidade, delimitando a proteção de tais direitos no ordenamento brasileiro. Para tanto, a abordagem desta pesquisa será necessariamente qualitativa, tendo em vista a utilização bibliográfica

pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a tese ora apresentada.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO *BIG DATA*

Big Data é um termo muito atual na área de tecnologia, que vem ganhando cada vez mais espaço na Era da Informação, e é ligado ao armazenamento de dados, mas vai muito além da forma de armazenar informações.

O termo remonta ao ano de 1997¹, ano em que Michael Cox e David Ellsworth publicaram artigo abordando o tema das ilustrações gráficas dos dados científicos, muito embora tenha sido Roger Magoulas, da O'Reilly Media², quem utilizou pela primeira vez o termo *Big Data* oficialmente em um de seus artigos no ano de 2005, para cunhá-lo como o amontoado de dados quase impossível de ser manejado e processado pelas ferramentas tradicionais de análise de dados.

A quantidade de dados que é gerado diariamente só vem crescendo nos últimos anos. Os dados surgem, literalmente, de todos os lugares. São gerados de forma automatizada por dispositivos IoT (*Internet of Things* ou Internet das Coisas), por câmeras de segurança e, principalmente, gerados por toda a sociedade, a todo momento, seja por meio de uma postagem em rede social ou por meio de marcações e avaliações dos lugares, do sinal de GPS, dos dados de pesquisa na internet, entre outros.

Realizar ponderações sobre para onde e para que tudo isso é utilizado são pertinentes. Esses dados sendo bem analisados são transformados em informações que são utilizadas para tomada de decisões estratégicas em várias empresas e governos, por exemplo. São esses dados que permitiram a criação da inteligência artificial, base do Machine Learning.

Atualmente, o volume de dados gerados é contabilizado em *Zettabytes (zb)* e o IDC³ (*International Data Corporation*), em relatório publicado em novembro de 2018, prevê que no ano de 2025 teremos 175 *zettabytes* de informações geradas.

¹ELLSWORTH, David; COX, Michael. *Application-Controlled Demand Paging for Out-of-Core Visualization*. Disponível em: <<https://www.nas.nasa.gov/assets/pdf/techreports/1997/nas-97-010.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2019.

²GUTERMAN, Jimmy. *Big Data*. Release 2.0. Disponível em: <<https://www.oreilly.com/data/free/release-2-issue-11.csp>> Acesso em: 20 abr. 2019.

³GANTZ, Jonh; REINSEL, David; RYDNING, Jonh. *The Digitization of the World*. Disponível em: <<https://www.seagate.com/files/www-content/our-story/trends/files/idc-seagate-dataage-whitepaper.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2019.



Outra consideração importante a ser explicitada são as características do Big Data, que anteriormente eram três, hoje são cinco (os chamados 5 V's)⁴: volume, variedade, velocidade, veracidade e valor. Resumidamente:

- a) Volume: grande volume de dados armazenados;
- b) Variedade: diferentes tipos de dados que devem ser comportados;
- c) Velocidade: está ligado ao tempo de processamento dos dados e o retorno das informações procuradas;
- d) Veracidade: a informação que foi retornada deve ser verdadeira;
- e) Valor: as informações extraídas dos dados devem ser úteis, ou seja, devem ter um valor agregado.

Como isso fica armazenado é a outra pergunta a ser esclarecida. Os bancos de dados ditos tradicionais, de modelo relacional, não são capazes de atender às necessidades de um *Big Data*, principalmente porque eles são compostos por dados não estruturados, ou seja, os dados são de todo e qualquer tipo de formato. São exemplos os vídeos e postagens nas redes sociais, a geolocalização e as informações de dispositivos de internet das coisas.

Criar um modelo estruturado para armazenar tudo isso ao mesmo tempo seria muito complexo e trabalhoso de se manter. E aí entram em cena os bancos de dados NoSQL (*Notonly SQL*), pensados e criados para essa miscelânea gigantesca de dados, agregando diversas tecnologias para o tratamento desses dados.

São exemplos de bancos de dados⁵ o NoSQL, o REDIS, o MemcacheD, o Riak (tipos chamados chave-valor); PropertyGraph e RDF (tipos gráficos); Cassandra e Hbase (tipos colunares); o AmazonElasticsearch Service (tipo pesquisa); e MongoDB e CouchDB (tipo documento).

Dois termos bastante comuns ao tema do *Big Data* surgem ao necessitarmos recuperar e trabalhar com todos esses dados: o *Data mining* e o *Data Analysis*, ferramentas que servem para armazenar muitos dados, extrair as informações necessárias e analisá-las.

Avançando sobre a contextualização do *Big Data* e suas tecnologias, não se pode deixar de mencionar as linguagens de programação comumente utilizadas⁶. São elas: R, Scala, Java (*Apache Hadoop*), C#, SASS, Julia, Python (*Apache PySpark*), etc.

Esses termos merecem ser mencionados para que seja identificada a complexidade

⁴CHEDE, Cezar. *Você realmente sabe o que é big data?* Disponível em: <https://www.ibm.com/developerworks/community/blogs/ctaurion/entry/voce_realmente_sabe_o_que_e_big_da> Acesso em: 20 abr. 2019.

⁵Ibid.

⁶Ibid.

do tema em análise, em que a interação dos dados colhidos por infundáveis e inimagináveis instrumentos e linguagens são utilizadas, muitas das vezes, para fins obscuros, a despeito dos direitos da personalidade.

É apenas o começo da Era da Informação, e tudo indica que o Brasil crescerá nesta área do *Big Data*, até porque em pesquisas feitas pelo IDC⁷, os investimentos feitos pelas empresas nesse assunto poderão chegar aos US\$ 380 bilhões de dólares até 2022. Diante de volumoso montante financeiro, é de fundamental importância implementar a eficaz regulamentação do *Big Data*, com vistas ao saudável desenvolvimento do ambiente econômico e da personalidade humana.

Neste emaranhado de tecnologias, linguagens de programação, instrumentos de análise de dados, estar-se-ia somente mudando a forma como a sociedade acessa as informações a fim de buscar soluções para as questões políticas, econômicas, sociais, etc., ou se está em verdade transformando esses dados em violação da personalidade humana, invasão de privacidade e outros males?

2. *BIG DATA* E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A constante evolução da sociedade tem sido diretamente relacionada à criação de mecanismos de construção e armazenamento de dados, o que esbarra na proteção dos direitos da personalidade, especificamente o direito à privacidade e à intimidade, considerados direitos fundamentais sob a ótica constitucional-civil. Tanto se fala no núcleo fundamental dos direitos da personalidade que, a doutrina os classifica como normas constitucionais fora da Constituição, visto que encontram amparo no artigo 11 do Código Civil Brasileiro⁸.

Por uma perspectiva filosófica, tem-se a definição de intimidade como sendo a “condição essencial do homem que lhe permite viver dentro de si mesmo e projetar-se no mundo exterior a partir dele mesmo, com único ser capaz de dar-se conta de si e de fazer de si o centro do universo”.⁹

⁷ IDC. IDC prevê que, até 2022, mais de 50% do PIB da América Latina virá da economia digital. Dados Disponíveis em: <<http://br.idclatin.com/releases/news.aspx?id=2455>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁸ BRASIL. Lei n° 10.046 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁹ DE GONZÁLEZ, M. Avala. Derecho a la intimidad, p. 175, apud MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. El deber Del profesional frente a la intimidad de su cliente, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XLIII, janeiro –março de 1993, p. 187, 188.



Hoje se vive a era da informação, a economia da informação: as informações estão inseridas nessa indústria multibilionária do *Big Data*, que, embora tenha o potencial para ser a chave para permitir, por exemplo, a descoberta de curas medicinais para doenças que afetaram as sociedades por gerações, pode causar as mais variadas intempéries aos direitos da personalidade, ainda mais se o arcabouço legal não acompanhar adequadamente a evolução tecnológica no que diz respeito aos dados pessoais, para permitir a convivência entre tais direitos e o grande valor que o *Big Data* pode representar para a sociedade.

A quantidade de dados armazenados cresce cada dia mais em proporções quase que incontroláveis, de modo estruturado e não estruturado, acarretando a utilização contínua desses dados, por meio de superprocessadores, denominados de *Big Data*¹⁰. A grande celeuma é conformar o uso de dados pessoais por segmentos da sociedade com a proteção à privacidade do indivíduo.

Questiona-se até que ponto é legítima a criação de bases de dados, e, mais, o que se presta a fazer com eles, na atual conjuntura de vulnerabilidade da proteção ao direito fundamental da intimidade ante o uso imoderado de elementos informacionais de cada indivíduo.

Outra maneira de se colocar a questão é apresentada por Adalberto Simão Filho e Germano André Doederlein Schwartz¹¹, ao sustentarem que a “vigilância líquida exercida contra todos, por meio tecnológico, deve ser aliada à necessidade de se gerar efetiva proteção e segurança aos dados em ambiente de internet”.

De acordo com os autores supracitados, à medida que o tempo transcorre, mais indivíduos são introduzidos em uma sociedade da informação, transformando, assim, o uso da rede mundial de computadores em uma nova alternativa de se viver em comunidades, separadas por interesses comuns. Surgem, desse modo, inúmeras formas de se valer dos dados disponíveis nessa sociedade paralela, o que pode ocasionar o rompimento da barreira de proteção de direitos fundamentais.

Os fluxos informacionais constituem, portanto, verdadeiro digital *dossiers*, na conceituação de Daniel J. Solove, para elucidar que o uso desses dossiês digitais modela a vida das pessoas, posto que, exemplificativamente, as instituições financeiras, os empregadores e os entes governamentais utilizam-se de tais dados obtidos para a concessão

¹⁰SIMÃO, Adalberto Filho; SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Big Data, Big Problema! Paradoxo entre o direito à privacidade e o crescimento sustentável. In: *Encontro Internacional do CONPEDI*, 24, 2016, Oñati, ES. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/37210626/BIG_DATA_BIG_PROBLEMA_PARADOXO_ENTRE_O_DIREITO_%C3%80_PRIVACIDADE_E_O_CRESCIMENTO_SUSTENT%3%81VEL>. Acesso em: 08 set. 2019.

¹¹Ibid.

de créditos, para contratações e eventuais investigações¹².

É bem verdade que o surgimento de armazenamento e processamento de grandes volumes de dados (*big data*) traz consigo a transparência e a modernidade como meio estratégico de divulgar as ações governamentais em voga, dando, portanto, concretude ao princípio da publicidade. Esses dados estão amparados pelo interesse público e suas nuances.

Não obstante, o ponto nodal deste artigo é a tentativa de conciliação de informações privadas (distintas daquelas fornecidas pela Administração Pública) disponibilizadas na rede mundial com o grande fluxo de construção de um extenso agrupamento de informações, por vezes formado sem que haja prévia autorização do titular dos dados, de modo a violar o direito à intimidade da pessoa.

A exemplo de captação de informações não autorizadas cita-se a utilização de *cookies*¹³; buscas pela internet que, por vezes, exigem que o particular informe seus dados; termos de aceitação de aplicativos idealizados com o intuito de extraviar as informações ali depositadas, entre outros, que servem para criar um banco de dados próprio sem que haja uma verdadeira autorização.

É quase impossível a manutenção do anonimato quando se fala da grande variedade de informações obtidas por meio do mecanismo de funcionamento do *Big Data*. É nesse sentido que Viktor Mayer-Schönberger e Kenneth Cukier¹⁴ salientam:

A anonimização se refere à exclusão de quaisquer dados pessoais de um banco de dados, como nome, endereço, número do cartão de crédito, data de nascimento ou identidade. Os dados resultantes podem, então, ser analisados e compartilhados sem comprometer a privacidade de ninguém. A prática funciona num mundo de pequenos dados. Mas o *big data*, com o aumento de quantidade e variedade de informações, facilitam a reidentificação.

Continuam os autores supracitados que “na era do *big data*, as três principais estratégias usadas para garantir a privacidade – consentimento individual, opção de exclusão e anonimização – perderam a eficácia”. Assim sendo, não há que se excluir a possibilidade de violação da proteção dos dados pessoais, apesar de prévio consentimento consciente e individual.

Nessa toada, importa mencionar que esses dados muitas das vezes encontram-se completamente fora do controle da própria pessoa, o que exigirá do aplicador do direito

¹² SOLOVE, Daniel. J. *The digital person: technology and privacy in the information age*. New York: New York University Press, 2004. p. 3

¹³PRIBERAM. Conjunto de informações armazenadas num pequeno ficheiro de texto, usado pelo servidor de alguns sites para, no computador ou dispositivo, identificar o seu usuário e registrar algumas informações da sua atividade na internet. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/cookies>> Acesso em: 08 set. 2019.

¹⁴ MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana*. Tradução Paulo Polzonoff Junior. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 108.



rápido e eficiente manejo dos instrumentos legais para a retificação dos inevitáveis abusos (tais como uso indevido de imagem, a discriminação genética, a invasão à privacidade, o furto de dados pessoais, a agressão física ou psicológica) cometidos pelos possuidores desses dados pessoais.

Dito isso, faz-se necessário encontrar um ponto de equilíbrio na utilização de dados, uma vez que, como já visto, possui grande potencial de afrontar direitos inerentes à intimidade do homem com a necessidade, cada vez maior, de consumir informações.

Nessa tentativa de acomodar o acesso fluido às informações de indivíduos a responsabilidade de construção e armazenamento de dados, é fundamental a execução de medidas que corroboram para um melhor aproveitamento do grande volume de informações colhidas e disponíveis.

É a partir dessa conjuntura que o Poder Público, em suas diversas funções, deve atuar para compatibilizar direitos à informação rápida e completa, bem como resguardar os direitos da personalidade, a fim de suprir eventuais confrontos, e priorizar a resolução do conflito de acordo com o caso apresentado.

Verifica-se que, em se tratando da temática do Big Data, a violação dos direitos da personalidade a partir de abusos cometidos na exploração dos dados pessoais não encontra solução suficiente na antiga dogmática que faz menção ao tão só princípio da dignidade da pessoa humana, devido ao seu grau de abstração¹⁵.

Feitas essas considerações, passa-se à análise dos instrumentos legais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para a tutela dos direitos da personalidade dentro da temática do *Big Data*.

3. INSTRUMENTOS LEGAIS À PROTEÇÃO DOS DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

Neste capítulo serão tratadas algumas leis setoriais que, ao longo dos anos e acompanhando as evoluções sociais, buscam proteger o volume de dados armazenados e postos à disposição de variados números de pessoas e entidades, com as mais variadas intenções. Ademais, é elementar a conformação da proteção à intimidade com o desenvolvimento da sociedade digital, realidade latente nos dias atuais.

É importante que haja um encadeamento ordenado das leis infra mencionadas,

¹⁵SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 167.

utilizando-se da cronologia para a manutenção do raciocínio lógico, a fim de alcançar efetiva compreensão do tema que se propõe.

De início, cumpre mencionar que a Constituição Federal¹⁶ traz em seu bojo o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade, e se, uma vez violada, surge o direito à indenização. É, dessa forma, que se materializa a proteção à intimidade no âmbito constitucional.

O Código de Direito do Consumidor¹⁷, por sua vez, trata conceitualmente de forma bastante aberta dos “Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores” a partir do art. 43, para alcançar não tão somente informações para fins creditórios, mas para até mesmo salvaguardar o consumidor sobre a veracidade de suas informações pessoais cadastradas nos bancos de dados, conferindo instrumentos jurídicos para o exercício de suas capacidades.

Os princípios da transparência, da informação e da segurança, entre outros, norteiam toda extensão do CDC, trazendo um denso, até então inédito, regramento de proteção ao consumidor perante o crescimento do mercado consumerista. É possível entender o direito do consumidor, bem como a proteção desse consumidor, como direitos fundamentais sob a ótica da leitura constitucionalista.

Voltando-se à Constituição Federal é verificado expressamente (art. 5º, XXXII) a imposição ao Estado para que promova meios eficazes de proteção à defesa do consumidor. Isso inclui a manutenção de bancos de dados com o rigor da realidade das informações colocadas à disposição, bem como a prévia aceitação por parte do indivíduo, titular dos dados colhidos.

Depreende-se dos princípios acima mencionados, a necessidade de o mantenedor dos bancos de dados: (i) conferir ao consumidor acesso às informações existentes – 43, caput; (ii) manter a exatidão e a veracidade das informações – 43, §3º; (iii) dispensar informações negativas após o período de cinco anos – art. 43, §1º.

Esses deveres do mantenedor dos bancos de dados implicam em direitos do consumidor em ter acesso às suas próprias informações, em tê-las corrigidas caso necessário e a sua eliminação após decurso temporal. Em suma: controlar as informações sobre si.

Há, ainda, caso seja impedido de ter acesso às suas próprias informações, a possibilidade de utilizar-se de um remédio constitucional idealizado justamente para evitar ou fazer cessar o abuso de direito informacional por parte de terceiro. É o conhecido *habeas*

¹⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

¹⁷BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.



*data*¹⁸, medicamento constitucional que visa assegurar ao cidadão o acesso a dados e informações sob poder do Estado, bem como de entidades privadas, a fim de conhecê-las, ou complementá-las ou até mesmo retificá-las.

Em continuidade à criação de medidas legislativas elaboradas com a sensibilidade à intimidade da pessoa, tem-se a Lei do Cadastro positivo¹⁹, Lei nº 12.414/2011, tendo por núcleo duro a formação de histórico de crédito por meio de banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais ou jurídicas, sem prejuízo do que disciplina a Lei nº 8.078/1990.

A Lei do Cadastro Positivo aprofunda o lidar com as informações dos “cadastrados”. Isso porque a nova perspectiva está focalizada nas boas práticas financeiras do cadastrado, e não somente em suas dívidas. Há, portanto, o protagonismo do cadastrado, como sujeito de direitos e movimentador da economia local e regional. Surge a valorização dos dados positivos.

As análises para a concessão de crédito, venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem em risco financeiro empreendidas pelos gestores de banco de dados²⁰(GBDs) demandam, portanto, maior amplitude de acesso a outras informações do cadastrado, tais quais a capacidade financeira e o histórico de adimplemento.

O aprofundamento na gestão das informações, invariavelmente, aciona a necessidade de ferramentas de *Big Data*. Somente com esse instrumento de armazenamento de dados é possível dialogar, de modo eficiente, com o crescente número de informações variadas.

A referida lei fez surgir importante aparato de monetização para os gestores das informações ao permitir o compartilhamento cadastral e de adimplemento armazenados com outros bancos de dados – art.4º, III. Em outras palavras, a lei cria a possibilidade de comunicação entres os diversos bancos de dados existentes, por meio de gestores.

Isso pode ser considerado um rearranjo da autodeterminação informacional²¹,

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 8, art. 5º, LXXII - conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

¹⁹BRASIL. Lei nº 12.414/2011, de 9 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

²⁰ Ibid. art.2º, II - gestor: pessoa jurídica que atenda aos requisitos mínimos de funcionamento previstos nesta Lei e em regulamentação complementar, responsável pela administração de banco de dados, bem como pela coleta, pelo armazenamento, pela análise e pelo acesso de terceiros aos dados armazenados;

²¹BIONI, Bruno Ricardo; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Autodeterminação informacional: paradigmas inconclusos entre a tutela dos direitos da personalidade, a regulação dos bancos de dados eletrônicos e a arquitetura da internet*. Universidade de São Paulo, São Paulo: 2016.

colocando em xeque o controle das informações pelo cadastrado. Em outros termos, coloca-se em segundo plano a autorização prévia do titular dos dados sobre a fluência destes, na medida que há comunicabilidade entre os mais diversos setores de concentração informacional.

Entretanto, a própria lei faz ressalva acerca da responsabilidade civil de tais operadores do referido cadastro, tendo em vista a finalidade de prevenir o abuso na utilização dos dados ali constantes. É o que expressamente diz o art. 16 da Lei nº 12.414/2011²².

Diante de um contexto internacional das revelações²³ trazidas à baila pelo *whistleblower*²⁴ Edward Snowden em meados de 2013, em que se apresentou provas sobre o programa de vigilância em massa da Agência Nacional de Segurança (NSA), e no contexto nacional das Jornadas de junho de 2013 (as conhecidas das manifestações dos 20 centavos) e pré-copa do Mundo de 2014, para refutar o movimento de parcela importante da sociedade brasileira que, para dar aso ao apetite por vingança, desejava a tutela penal para o tratamento do uso da internet no Brasil, exsurge o Marco Civil da Internet.

A lei nº 12.965/2014, conhecida como a Lei do Marco Civil da Internet²⁵, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, e tem por fundamento o respeito à liberdade de expressão. O usuário da internet passa a ter amplo protagonismo na proteção dos seus dados pessoais.

O Marco Civil da Internet é norteado pelos princípios da garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento; da proteção da privacidade; da proteção dos dados pessoais; da preservação e garantia da neutralidade de rede; da preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede e pelo estímulo ao uso de boas práticas; da responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades; da preservação da natureza participativa da rede; da liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos na Lei nº 12.965/2014.

²²BRASIL, op. cit., nota 19. Art. 16. O banco de dados, a fonte e o consulente são responsáveis, objetiva e solidariamente, pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado, nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) (Redação dada pela Lei Complementar nº 166, de 2019).

²³ G1. *Entenda o caso de Edward Snowden, que revelou espionagem nos EUA*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>>. Acesso em: 23 set.2019.

²⁴ O termo refere-se a toda pessoa que espontaneamente leva ao conhecimento de uma autoridade informações relevantes sobre um ilícito civil ou criminal.

²⁵ BRASIL. *Lei nº 12.965/2014*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 23 set.2019.



O Marco Civil da Internet objetiva, ainda, o fomento do direito de acesso à internet a todos; do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; da inovação e da promoção à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

Concatenados os princípios, as garantias, os direitos e os deveres dos diversos personagens, constata-se o deslocamento da figura do mero usuário para a figura cidadão que é usuário da Internet, com direitos, deveres e a perspectiva de controle sobre como os seus próprios dados pessoais são gerenciados pelos GDBs.

Com evidente inspiração no Código italiano de Proteção aos dados pessoais – Decreto legislativo nº 196 de 30 junho de 2003²⁶, a lei brasileira de proteção de dados pessoais²⁷ é dotada de carga principiológica aumentada, além de conferir alguma harmonia na regulamentação à proteção de dados pessoais, a despeito das leis esparsas insuficientes ao tratamento adequado desse importante tema.

O art. 6º da Lei Geral de proteção de Dados Pessoais, para tanto, agrupa os seguintes princípios: da boa-fé; da finalidade; da adequação; da necessidade; do livre acesso; da qualidade dos dados; da transparência; da segurança; da prevenção; da não discriminação; e da responsabilização e prestação de contas.

Dada a quantidade de princípios acima e, ainda, pela necessidade da criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (órgão federal que editará normas e fiscalizará os procedimentos sobre proteção de dados pessoais) pela Lei nº13.853/2019²⁸, resulta demonstrada a centralidade do objeto jurídico em comento, transformando o direito à proteção de dados pessoais em categoria sofisticada dos direitos da personalidade, e não mera evolução desses direitos.

Isso é, o direito à proteção dos dados pessoais merece espaço dentre o rol dos direitos da personalidade, posto que na sociedade da informação em que se imprime dinâmica diferenciada do fluxo informativo à vida humana, os dados são verdadeiras extensões da pessoa.

²⁶ITÁLIA. *Código de Proteção de Dados Pessoais Italianos*, de 30 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.privacy.it/archivio/privacycode-en.html>>. Acesso em: 23 set. 2019.

²⁷BRASIL. *Lei nº 13.709/2018*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

²⁸BRASIL. *Lei nº 13.853/2019*, de 8 de julho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

CONCLUSÃO

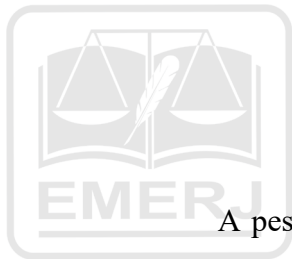
O desenvolvimento da presente pesquisa possibilitou a compreensão acerca do sistema de inteligência desenvolvido com a finalidade de abarcar o maior número de dados criados e disponibilizados em um complexo digital e virtual, chamado *Big Data*. É crescente o debate sobre o advento de inovações tecnológicas de concentração informacional e a proteção aos direitos da personalidade, mais dedicado à intimidade e à privacidade do titular dos dados colhidos e armazenados.

Não se pode olvidar da indiscutível relevância dos avanços tecnológicos obtidos ao longo dos anos, esses avanços encontram-se nas mais variadas extensões de pesquisas científicas, tal como é possível citar, a título de exemplo, a utilização desse supercomputador *Big Data* na luta contra o câncer, dada a possibilidade de analisar dados dos pacientes, e gerenciá-los a fim de obter respostas cada vez mais acertadas sobre o tipo de tratamento a ser iniciado. É necessário dar voz ao poder da inteligência coletiva, e buscar maior organização dos dados colhidos para que haja efetiva assistência na busca de tratamentos personalizados.

Todavia, com todo esse avanço tecnológico-estrutural esbarra em direitos amplamente protegidos no ordenamento jurídico vigente, surgindo, assim, uma nova problemática quanto à compatibilização entre o acúmulo informacional – dados armazenados em plataformas digitais – e a sua utilização em detrimento da privacidade do titular dos dados colhidos. A celeuma central encontra-se na tentativa de conciliação desses direitos – a informação e a privacidade.

Este debate está em estado de latência, e com o passar dos anos torna-se cada vez mais relevante a sua abordagem, à medida que a capacidade de armazenamento de dados foi elevada a níveis extraordinários, alcançando estoques informacionais jamais imagináveis. Surge, portanto, a urgente necessidade de regulamentação acerca da utilização desses dados por entes públicos ou privados, de modo a evitar conflitos em grandes proporções.

É preciso considerar essa regulamentação levando em conta o surgimento de uma nova sociedade a partir da construção da rede mundial de computadores, da Internet, a fim de que haja uma verdadeira conformação entre as novas relações ali nascidas e os direitos inerentes à pessoa humana. É nesse momento que a evolução social e digital deve ser vista com maior cuidado pelo Poder Legislativo no momento de criação de leis que visam regulamentar as relações homem e máquina.



A pesquisa desenvolvida demonstrou que há movimentações legislativas acerca da proteção de dados pessoais de seus titulares buscando compatibilizá-las com o direito ao armazenamento e acesso à informação. Ademais, verificou-se a possibilidade de responsabilização civil dos armazenadores de dados quando disponibilizam informações a terceiro, não autorizadas pelo titular dos dados. É como expressamente visto no artigo 16 da Lei nº 12.414/2011.

Percebe-se uma preocupação do legislador em dar maior protagonismo ao usuário da teia digital, ao buscar criar leis com alta carga principiológica que devem ser observadas por aqueles responsáveis por armazenar e disponibilizar dados pessoais. Em que pese o esforço, quase tímido, do legislador em regular tais matérias, ainda há uma carência de legislação relacionada à proteção à intimidade e à privacidade no âmbito da sociedade paralela que se formou diante das evoluções e desbravamentos digitais.

É imprescindível que o direito à proteção de informações pessoais, ante a nova era do *Big Data*, seja visto como direito fundamental à intimidade dentro do rol dos direitos da personalidade, para que com isso sejam disponibilizados meios efetivos para coibir os abusos perpetrados pelos detentores de tais informações.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos Direitos da Personalidade no Direito Brasileiro em Perspectiva atual. *Revista de Derecho Privado*, Santa Catarina, v.24, nº 24, p. 81-111, jun.2013.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de Crise*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BAYER. *A busca da cura para o câncer: o big data é a solução?* Disponível em: <<https://www.canwelvebetter.bayer.com.br/inovacao/busca-da-cura-para-o-cancer-o-big-data-e-solucao>> Acesso em: 08 out.2019.

BIONI, Bruno Ricardo; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Autodeterminação informacional: paradigmas inconclusos entre a tutela dos direitos da personalidade, a regulação dos bancos de dados eletrônicos e a arquitetura da internet*. Universidade de São Paulo, São Paulo: 2016.

BOYD, Danah; CRAWFORD, Kate. *Critical questions for Big Data*. Information, Communication & Society. v. 15, n. 5, 2012.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. *Lei nº 12.414/2011*, de 9 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. *Lei nº 13.709/2018*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *Lei nº 13.853/2019*, de 8 de julho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *Projeto de Lei nº 5.276/2016*. Dispõe sobre o tratamento dos dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1457459> Acesso em: 20 mar. 2019.

CHEDE, Cezar. *Você realmente sabe o que é big data?* Disponível em: <https://www.ibm.com/developerworks/community/blogs/ctaurion/entry/voce_realmente_sabe_o_que_e_big_data?lang=en> Acesso em: 20 abr. 2019

CRAVO, Victor. O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v.8, nº1, maio 2016.

DONEDA, Danilo. *A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental*. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1315/658>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

ELLSWORTH, David; COX, Michael. *Application-Controlled Demand Paging for Out-of-Core Visualization*. Disponível em: <<https://www.nas.nasa.gov/assets/pdf/techreports/1997/nas-97-010.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2019.

G1. *Entenda o caso de Edward Snowden, que revelou espionagem nos EUA*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>>. Acesso em: 23 set. 2019.

GANTZ, Jonh; REINSEL, David; RYDNING, Jonh. *The Digitization of the World*. Disponível em: <<https://www.seagate.com/files/www-content/our-story/trends/files/idc-seagate-dataage-whitepaper.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2019.



GUTERMAN, Jimmy. *Big Data*. Release 2.0. Disponível em: <<https://www.oreilly.com/data/free/release-2-issue-11.csp>> Acesso em: 20 abr. 2019.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana*. Tradução Paulo Polzonoff Junior. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

ITÁLIA. *Código de Proteção de Dados Pessoais Italianos*, de 30 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.privacy.it/archivio/privacypcode-en.html>>. Acesso em: 23 set. 2019.

PUGLIESI, Márcio; BRANDÃO, André Martins. Uma conjectura sobre as tecnologias de Big Data na prática jurídica. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, jul.- dez. 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade: Revista e Atualizada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

SOLOVE, Daniel. J. *The digital person: technology and privacy in the information age*. New York: New York University Press, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Autonomia Privada, Liberdade existencial e Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PARÂMETROS PARA A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS

Camila Motta de Oliveira Lima

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

Resumo –O desenvolvimento das redes sociais representou uma facilitação da comunicação entre as pessoas. Contudo, junto com esse aspecto positivo, também vieram aspectos negativos. Houve o surgimento de uma série de conflitos, dentre eles a ocorrência de violações a direitos da personalidade em decorrência de manifestações nas redes sociais. A legislação brasileira não acompanhou com a mesma velocidade as alterações sociais ocorridas e, em virtude do crescimento exponencial de usuários de redes sociais, faz-se fundamental a criação de critérios objetivos para a aferição de violações aos direitos da personalidade no âmbito das redes sociais. Por isso, o trabalho irá abordar os critérios a serem utilizados a fim de possibilitar a responsabilização civil e criminal por manifestações nas redes sociais.

Palavras-chave – Direito Penal. Liberdade de expressão. Redes sociais. Responsabilidade penal. Honra.

Sumário – Introdução. 1. Da necessidade de limitação à liberdade de expressão nas redes sociais. 2. Dos parâmetros a serem utilizados na ponderação de direitos fundamentais. 3. Da responsabilidade Civil e Penal por manifestações nas redes sociais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Tem-se como proposta desse artigo científico a análise dos limites da liberdade de expressão nas redes sociais, uma vez que essa se tornou uma das principais formas de comunicação nos dias atuais.

O século XXI é marcado pelo desenvolvimento de novas tecnologias e, como consequência, observam-se transformações no modo como as pessoas se relacionam e se organizam em sociedade.

A partir do surgimento das redes sociais, passou a ser possível o compartilhamento instantâneo e em larga escala de informações. Como consequência, se antes as informações se restringiam a um pequeno número de pessoas, hoje elas podem ser compartilhadas com o mundo todo, circulando de maneira irrestrita e podendo ser replicadas por qualquer pessoa que tenha acesso a elas.

Junto com a agilidade e conectividade proporcionada pela tecnologia, verifica-se a ocorrência de novos fenômenos, como a propagação de *fakenews* e a prática de ofensas pela

internet. Por isso, é necessário que seja feita uma análise do direito fundamental da liberdade de expressão à luz das relações interpessoais desenvolvidas nas redes sociais.

Nesse contexto, a livre manifestação nas redes sociais pode muitas vezes violar direitos da personalidade de outro indivíduo, devendo ser debatidos quais os limites devem ser aplicados a liberdade de expressão nas redes sociais e de que forma será feita a ponderação entre esses direitos.

É diante dessa necessidade de parâmetros que se desenvolve o tema da pesquisa.

O trabalho enfoca a temática da necessidade de parâmetros objetivos para a responsabilização por manifestação nas redes sociais, uma vez que seu livre exercício pode permitir a ofensa a honra ou a imagem de outro indivíduo.

Busca-se então, a partir da análise do direito constitucional de dignidade da pessoa humana, definir até que ponto é possível a difusão de informações, opiniões e fatos sem que haja violação de direito da personalidade do indivíduo que é objeto de tais manifestações.

A pesquisa busca desenvolver de que forma deve ser feita a ponderação entre o uso da liberdade de expressão e os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, sendo necessário definir os parâmetros a serem utilizados para ponderação entre esses direitos.

É grande relevância estabelecer critério objetivos para o exercício da liberdade de expressão para que seja possível a responsabilização civil e penal por manifestações praticadas nas redes sociais.

Para isso, no primeiro capítulo pretende-se demonstrar a necessidade da aplicação da técnica de ponderação em caso de colisão entre o direito da liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

No segundo capítulo, partindo do embate entre os direitos fundamentais tratados no primeiro capítulo, serão expostos os critérios a serem observados na aplicação técnica de ponderação entre o direito da liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

Já no último capítulo, vencida a necessidade de se estabelecer parâmetros objetivos para a ponderação, será identificada de que maneira ocorrerá a responsabilização civil e criminal do indivíduo em virtude de uma manifestação na rede social.

Em relação ao procedimento metodológico, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, ou seja, a base da pesquisa é tratar uma hipótese a partir de um problema. Ao longo do trabalho, serão eleitas proposições hipotéticas, as quais o pesquisador acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa. Ao final, ele chegará a uma solução ao problema apresentado.

Para isso, será feita uma abordagem qualitativa do objeto desta pesquisa jurídica e o pesquisador irá 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 NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS

A Constituição Federal de 1988 ficou conhecida como Constituição Cidadã, uma vez que estabeleceu a democracia como forma de governo. Como consequência, direitos que antes eram restringidos passaram a ser amplamente protegidos pela Carta Magna.

O avanço do direito constitucional permitiu a afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana¹. Trata-se do reconhecimento dos valores mais importantes para a existência do indivíduo enquanto ser humano, ou seja, a proteção de valores que são indispensáveis quando se fala na existência de estado democrático de direito.

Kant foi o primeiro teórico a reconhecer que não se pode atribuir “preço” ao homem e que esse era dotado de autonomia. A expressão dignidade da pessoa humana decorre desse entendimento ao frisar que o homem deve ser sempre visto como um fim e não como um meio. Por isso, não deve nunca ser aceito o sacrifício individual em prol do coletivo.

Segundo Daniel Sarmiento² o princípio da dignidade da pessoa humana:

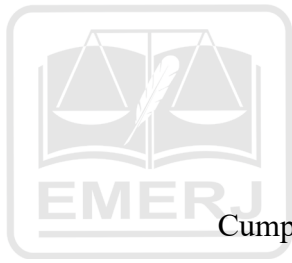
exprime, em termos jurídicos, a máxima kantiana, segunda a qual o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele. Nesse sentido, a pessoa humana deve ser concebida e tratada como valor-fonte do ordenamento jurídico

Dispõe no mesmo sentido Luís Roberto Barros ao dizer que a “dignidade humana, como atualmente compreendida, se assente sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição no universo³”.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 135.

² SARMENTO, Daniel; *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 59.

³ BARROSO, Luís Roberto; *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 14.



Cumpra mencionar que a dignidade da pessoa humana, em virtude da sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, impõe uma série de deveres. O primeiro deles é o dever respeito à dignidade da pessoa humana, trata-se de um caráter negativo que abrange observância tanto do Estado quanto dos particulares. O segundo é o dever de proteção a dignidade da pessoa humana, ou seja, o Estado, principalmente, mas também os particulares devem adotar medidas que ensejam à proteção desse interesse. E, por fim, o dever de proteção de condições mínimas para uma vida digna, está ligada a ideia de mínimo existencial.

Dentre os direitos fundamentais, tem-se a liberdade de expressão e de livre manifestação de pensamento que é tratada no artigo 5º, inciso IV da CRFB ao estabelecer que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato⁴”. Tal direito constitucional está intimamente ligado ao desenvolvimento da personalidade e à dignidade da pessoa humana, uma vez que gera a possibilidade de cada indivíduo interagir em sociedade e expressar suas próprias ideias e pensamentos⁵.

Sampaio Dória conceitua a liberdade de expressão como “direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for⁶”. Já o artigo 5º, inciso IX da Constituição dispõe que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença⁷”. Tais assertivas demonstram que o âmbito da proteção da liberdade de expressão é extremamente amplo, englobando todos os atos não violentos que tenham como objeto a transmissão de informações e se manifestar. Dentro dessa ideia, estão inseridas as manifestações realizadas por meio das redes sociais que é uma forma de expressão.

Contudo, a liberdade de expressão não constitui um direito absoluto, não estando absolutamente imune a todo e qualquer tipo de restrição. Segundo Reis Friede:

deve ser assinalado, contudo, que a liberdade de exteriorização do pensamento, em particular – a exemplo de outros direitos fundamentais –, não pode ser, de nenhum modo, interpretada de forma absoluta, posto que, em certas situações, poderá haver efetivo prejuízo social no que tange, entre outros, ao desrespeito aos valores éticos da pessoa e da família [...]⁸.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 5º, IV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013 [e-book].

⁶ DÓRIA apud DA SILVA, José Afonso; *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.243.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁸ FRIEDE, Reis; *Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 966.

Esse direito, por exemplo, não abrange a manifestação violenta, isto é, qualquer forma de manifestação com coação física. Nesse sentido, Ulrich⁹ diz que “as opiniões devem ser endereçadas apenas ao cérebro, por meio de argumentação racional ou emoção ou por meras assertivas”.

Além disso, a liberdade de expressão também encontra limites pela colisão com outros direitos de mesmo *status*. Nesses casos, o conflito deve ser solucionado mediante a ponderação de interesses, analisada com base no princípio da proporcionalidade, que tem como base as peculiaridades do caso concreto.

É inviável que sejam elencadas todas as possibilidades de colisão do direito de liberdade de expressão com outros direitos fundamentais, por isso, a sua limitação deve ocorrer com base em critérios objetivos e seguros a serem aplicados no caso concreto para garantir que não seja promovida a censura.

A censura “significa ação inibitória realizada pelos Poderes Públicos, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem”¹⁰ e somente nas hipóteses absolutamente excepcionais são admissíveis restrições a direitos fundamentais, já que a Constituição expressamente veda a possibilidade em seu art. 5º.

Essa vedação decorre de uma característica básica de uma democracia, que é o reconhecimento a proteção de todo e qualquer conteúdo de mensagem por mais impopular que seja. Assim, observa-se que de um lado tem-se a proibição à censura e de outro a necessidade de se estabelecer parâmetros para a limitação da liberdade de expressão.

O século XXI é marcado pelo desenvolvimento de tecnologias, uma delas é a comunicação pela internet. As redes sociais significam uma ampliação da comunicação, uma vez que interligam pessoas do mundo inteiro e possibilitam sua resposta imediata.

Nesse contexto, observa-se que há uma ampliação do acesso às mensagens que antes se restringiam a poucas pessoas e agora passam a estar disponíveis para o mundo todo. Na mesma medida, os danos gerados passam a possuir proporções inimagináveis, abalando o ofendido de forma ainda mais grave.

No Brasil, o uso das redes sociais aumenta a cada ano e, por isso, é necessário que o usuário tenha conhecimento de que não tem o direito de violar direito fundamental de outro. O direito a liberdade de expressão não significa uma carta branca para falar o que quiser nas redes sociais, sendo cabível a sua responsabilização civil e, até mesmo, criminal.

⁹ ULRICH apud MENDES, op. cit., p. 268.

¹⁰ Ibid., p. 269.



O avanço na manifestação da liberdade de expressão gerado pelas redes sociais acabou trazendo um aspecto negativo que foi a ocorrência de reiteradas violações a direitos da personalidade pelo meio virtual. Os indivíduos passaram a utilizar esse meio ágil e fácil de se comunicar como um mecanismo de expressar tudo que pensa sem analisar as consequências dessa divulgação para aqueles que são objetos de suas “postagens”.

A vedação à censura não significa que não é possível a sanção em virtude do exercício da liberdade de expressão, uma vez que após a sua manifestação é possível que sujeito seja chamado a responder por ele. Isso porque a proteção da liberdade de expressão não permite que seja violado direito fundamental de outrem, podendo até mesmo ser obstado preventivamente a expressão, quando for considerada hostil a valor básico da ordem constitucional¹¹.

Outrossim, torna-se indispensável que sejam utilizados parâmetros objetivos para a limitação do direito da liberdade de expressão a fim de que se evite, minimize ou pelo menos repare danos a personalidade daquele que é alvo de manifestação nas redes sociais.

2. DOS PARÂMETROS A SEREM UTILIZADOS NA LIMITAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS

Com o desenvolvimento das tecnologias na área das comunicações, houve a formação de uma verdadeira sociedade digital que, segundo Patricia Peck Pinheiro¹², tem como princípio norteador o acesso a um fato de modo simultâneo por todas as pessoas do mundo, como segue:

O avanço tecnológico na comunicação sempre perseguiu o objetivo de criar uma Aldeia Global, permitindo que todas as pessoas do mundo pudessem ter acesso a um fato de modo simultâneo. Este é o princípio que orienta a criação de redes mundiais de telejornalismo, como a CNN, além de toda uma rede de Broadcast Digital para transmissões ao vivo e em tempo real, se qualquer lugar do mundo.

Verifica-se uma mudança de paradigma, já que a Sociedade Digital não é uma sociedade de bens e sim uma sociedade de serviços em que a posse da informação prevalece sobre a posse dos bens de produção¹³. Com isso, o direito a liberdade de expressão ganha muita força. Entretanto, até que pode esse poder se estender?

¹¹ Ibid., p. 283.

¹² PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67

¹³ Ibid., p. 85.

É fundamental, para a preservação da dignidade da pessoa humana, que se estabeleçam parâmetros para o exercício da liberdade de expressão nas redes sociais. Sem isso, continuarão a ocorrer violações diárias aos direitos da personalidade com o aval do Estado.

Tais parâmetros devem ser estabelecidos com base na técnica da ponderação de direitos e, em primeiro lugar, é necessário analisar que espécie de direitos se está tratando. De um lado, verifica-se o direito a liberdade de expressão e de outro, o direito da dignidade da pessoa humana consubstanciada na forma de direitos da personalidade.

Quanto à liberdade de expressão, não há dúvidas de que se refere a um direito fundamental, pois está tratada no art. 5º, inciso IV da CRFB, dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais. Já relação aos direitos da personalidade, eles estão tratados dentro do Código Civil, mas se referem à manifestação da dignidade da pessoa humana, tratada no art. 1º, III, da CRFB como próprio fundamento do Estado Democrático de Direito. Paulo Nader defende que os direitos da personalidade visam proteger a condição humana, com fulcro em sua personalidade, sendo, por isso, considerados como espécies de direitos fundamentais¹⁴.

Em virtude do alto grau de abstração e generalidade dos direitos fundamentais, em caso de conflito entre eles não é possível a aplicação dos critérios clássicos para resolução de conflitos normativos, quais sejam, hierarquia, cronologia e especialidade.

Segundo define Daniel Sarmiento¹⁵:

O critério cronológico postula que, entre duas normas incompatíveis, deve prevalecer a posterior: *lex posterior derogat priori*. O critério hierárquico, por seu turno, determina que, no confronto entre normas jurídicas inconciliáveis, deve ser aplicada a de estrutura superior. E, finalmente, o critério de especialidade impõe que, na colisão entre duas normas, prevaleça a mais especial, em detrimento da mais geral: *lex specialis derogat generali*.

Não é possível a aplicação do critério da hierarquia, uma vez que se tratam de normas de igual status hierárquico. Não é possível a aplicação da cronologia, pois as normas entraram em vigor ao mesmo tempo. E, por fim, não é possível a aplicação da especialidade porque as normas possuem o mesmo grau de generalidade e especificação.

Em que pese não ser admitida a hierarquia formal entre normas constitucionais, Daniel Sarmiento defende a possibilidade de ocorrência de uma hierarquia axiológica¹⁶. Isso significa que é possível atribuir um valor maior a algumas normas constitucionais do que a

¹⁴NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 210.

¹⁵SARMENTO, op. cit., p. 29.

¹⁶Ibid, p. 74.

outras. O Poder Judiciário se utiliza muitas vezes desse critério para decidir questões relacionais às políticas públicas, como no caso de fornecimento de medicamentos.

A título de exemplo, vale mencionar o julgamento do RE nº 657.718/MG¹⁷ em que o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de que não é possível obrigar o Estado a fornecer medicamento experimental ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), salvo em casos excepcionais. Esse caso envolvia a ponderação entre o direito à vida e à saúde de um grupo e o direito à vida e à saúde de outros.

Nesse sentido, às normas constitucionais, é necessária a utilização da técnica especial de solução de conflitos, qual seja, a técnica da ponderação de interesses. Existem duas metodologias utilizadas uma é defendida por Robert Alexy¹⁸ e outra é defendida por Daniel Sarmiento¹⁹.

Essa técnica preocupa-se em levar em consideração as variáveis fáticas presentes no problema, dando maior ou menor peso para cada uma delas a fim de seja possível decidir qual será o resultado naquele caso concreto²⁰.

Para Robert Alexy²¹, toda vez que o aplicador do direito se depara com um conflito de normas constitucionais no caso concreto, ele deverá aplicar o princípio da proporcionalidade. O primeiro passo do intérprete será verificar se a medida que se pretende impor é adequada a finalidade pretendida. Isso será feito analisando as duas soluções que se terão no caso concreto.

O segundo passo será analisar a necessidade da medida, ou seja, verificar se existe alguma medida alternativa que seja capaz de alcançar a finalidade pretendida sem gerar as restrições cogitadas inicialmente. Se refere a vedação ao excesso e a proibição a proteção deficiente.

O terceiro passo será analisar a chamada fórmula de peso ou ponderação. Será aplicada uma equação matemática para identificar qual o peso que cada um desses direitos irá ter naquela situação concreta e qual deles deve prevalecer. Serão utilizadas como variáveis: o peso abstrato, intensidade de restrição ao direito contraposto e grau de confiança nas premissas empíricas.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 657.718/MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>>. Acesso em: 16 out. 2019.

¹⁸ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 116-120.

¹⁹SARMENTO, op. cit., p. 102.

²⁰Ibid., p. 97.

²¹ALEXY, op. cit., nota 18.

Para Daniel Sarmiento²², em casos de conflitos entre direitos fundamentais, deve ser aplicada a ideia de sincretismo metodológico. Primeiro, deve-se tentar solucionar o caso com base no princípio concordância prática ou harmonização. Esses princípios impõem ao intérprete o dever de construir no caso concreto uma solução que seja capaz de harmonizar as normas que estão em conflito.

O mesmo autor²³ dispõe que:

o princípio da unidade da Constituição leva o intérprete a buscar a harmonização entre dispositivos aparentemente conflitantes da Lei Maior. Caso a conciliação plena não seja viável, ele deve procurar solução onde a restrição à eficácia de cada uma das normas em confronto seja a menor possível, buscando a otimização da tutela aos bens jurídicos por ela protegidos.

Não sendo possível sua solução, o intérprete passará a aplicação da técnica da ponderação de bens e interesses. Deve se ressaltar que aqui não se fala em proporcionalidade e sim em ponderação. Esse será o princípio instrumental utilizado para resolver esses casos difíceis.

O método defendido por esses autores, também possui uma estrutura tridimensional, pois analisa os três elementos em que se decompõe o fenômeno jurídico, quais sejam, fato valor e norma.²⁴ O primeiro passo, será a identificação das normas em conflito. Nessa etapa, nada será decidido, mas apenas serão identificadas as normas em conflito que serão objeto da aplicação da ponderação.

O segundo passo, será a identificação dos fatos relevantes e agrupamento conforme as soluções que eles indicam. Esses fatos serão destacados para, no próximo passo, dar maior ou menor peso para cada um desses direitos objetos de ponderação no caso concreto.

O terceiro passo, será a atribuição de pesos com base na proporcionalidade no sentido estrito. Para isso, serão utilizados os critérios do peso abstrato, valor que atribui abstratamente a um direito, e peso concreto, valor atribuído àquele direito no caso concreto. Serão somados o peso abstrato e concreto de cada um dos direitos objeto de análise e o direito que tiver maior peso será o que deve ponderar.

O professor Daniel Sarmiento²⁵ enuncia três critérios para definir o peso abstrato. O primeiro é o que normas constitucionais que estabelecem regras jurídicas devem ter um peso

²²SARMENTO, op. cit, p. 99.

²³ Ibid, p. 29.

²⁴SARMENTO, op. cit., p. 99.

²⁵Ibid., p. 102.



abstrato maior do que normas constitucionais que estabelecem princípios jurídicos em virtude da máxima da segurança jurídica. O segundo é que em um conflito entre uma norma constitucional que consubstancie um direito fundamental e outra norma constitucional que não estabelece um direito fundamental, a primeira deve ter um peso abstrato maior. O terceiro é que entre normas constitucionais que traduzem direitos fundamentais deve ter um peso maior àquelas que se refiram a direitos existenciais ou a democracia.

Diferenciando-se os dois métodos, verifica-se que a grande distinção entre os mecanismos expostos é que Alexy²⁶ utiliza a técnica da ponderação na última etapa do método da proporcionalidade. Já Daniel Sarmiento²⁷, primeiro tentam aplicar o princípio da concordância prática e harmonização e, não sendo possível solucionar o caso, utilizam a ponderação como o método de solução de conflito de direitos e a proporcionalidade estará inserida dentro desse.

Independentemente de qual seja o critério aplicado o que se deseja impedir é o “deciosinismo” e a arbitrariedade do intérprete do direito. A partir desses métodos, consegue-se entender como o raciocínio jurídico foi aplicado e quais foram os pesos aplicados a cada um dos direitos objetos do conflito.

Partindo para análise de um caso concreto, tem-se como exemplo ADI nº 4815²⁸ que envolvia direito a liberdade de expressão consubstanciado na hipótese das biografias não autorizadas. O debate era acerca da necessidade de autorização prévia para a publicação e divulgação de biografias.

No caso concreto, o STF aplicou o método de ponderação como método de resolução dos casos difíceis. Observou-se a ocorrência de colisão entre o direito da livre manifestação de opinião e o direito à imagem, honra, intimidade e privacidade. Aplicando-se pesos às premissas fáticas trazidas no caso, concluiu-se que o direito à inviolabilidade da intimidade, no caso tratado, não permite a censura prévia ou a *posteriori*, cabendo somente a indenização posterior em caso de violação a direitos da personalidade daqueles que forem mencionados na obra.

Cumprе reescrever a seguinte passagem do julgamento da ADI nº 4815²⁹:

Não se extingue assim o direito à inviolabilidade da intimidade ou da vida privada. Respeita-se, no direito, o que prevalece no caso posto em juízo, sem julgamento

²⁶ ALEXY, op. cit., p. 119.

²⁷ SARMENTO, op. cit. p. 99-110.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4815. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308558531&ext=.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

²⁹ Ibid.

prévio de censura nem possibilidade de se afirmar a censura prévia ou *a posteriori*, de natureza legislativa, política, administrativa ou judicial, deixando-se em relevo e resguardo o que a Constituição fixou como inerente à dignidade humana e a ser solucionado em casos nos quais se patenteie desobediência aos princípios fundamentais do sistema.

Ingo Wolfgang Scarlet³⁰ se manifestou sobre a referida decisão nos seguintes termos:

De qualquer modo, mesmo que admitida a doutrina da posição preferencial, não se trata de atribuir à liberdade de expressão (em qualquer uma de suas manifestações particulares) a condição de direito absolutamente imune a qualquer limite e restrição, nem de estabelecer uma espécie de hierarquia prévia entre as normas constitucionais, o que, aliás, também não parece decorrer da manifestação do ministro Luís Roberto Barroso. Assim, mesmo quando se fala de uma posição preferencial, o que se verifica é o reconhecimento — em favor da liberdade de expressão — de uma posição inicial e argumentativa de vantagem no caso de conflitos com outros bens fundamentais, de tal sorte que também aqui não há, ao fim e ao cabo, como deixar de considerar as exigências da proporcionalidade e de outros critérios aplicáveis a tais situações, o que, de resto, se percebe tem sido praticado pelo STF em algumas situações.

Essa técnica há de ser de igual modo aplicado nos casos de conflito de direitos decorrentes de manifestações nas redes sociais. Aquele que emitir a mensagem, em virtude da vedação a censura, não poderá ser impedido de se manifestar nas redes sociais, mas, em alguns casos, a depender da espécie da violação ocasionada, pode ser compelido a retirar a mensagem e até mesmo responder civil ou penalmente.

Sempre que a mensagem “postada” na rede social for apta a ensejar uma violação a direito da personalidade de outro indivíduo, será necessária a aplicação da técnica da ponderação para verificar qual dos direitos deve prevalecer e se será possível a exigência da retirada do conteúdo da rede social e a responsabilização do indivíduo.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL POR MANIFESTAÇÕES NAS REDES SOCIAIS

Em virtude da ampliação do acesso às informações, é necessário que haja uma regulamentação da internet de forma a transformar em condutas típicas práticas comuns dos

³⁰SCARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e biografias não autorizadas – notas sobre a ADI 4.815. *Revista Eletrônica CONJUR*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas> >. Acesso em: 02 set. 2019.

usuários da Rede. A primeira tentativa nesse sentido se deu com o Marco Civil da Internet consubstanciado na Lei nº 12.965³¹, de 23.4.2014.

Esse marco civil tentou trazer algumas soluções das controvérsias surgidas com a era da internet. Ele procurou estabelecer uma justa governança dos usuários dessa rede, estabelecendo princípios, fundamentos e aspectos estruturais a serem observados nas relações formadas nesse âmbito.

Contudo, essa Lei não foi suficiente para regular os questionamentos dessa nova realidade. Há um preocupante vácuo normativo, uma vez que as tecnologias da informação e da comunicação se desenvolvem sem que haja, ainda, uma regulamentação clara e suficiente sobre o tema. Nesse momento se torna indispensável o papel da doutrina e da jurisprudência a fim de que trace alguns critérios objetivos para a regulamentação enquanto não existem leis específicas para tratar do tema.

O tema das redes sociais se insere dentro desse vácuo normativo e devem ser utilizados critérios objetivos traçados pela doutrina a fim de estabelecer os parâmetros necessário a ensejar a responsabilização civil e, até mesmo, penal dos usuários dessa nova ferramenta de comunicação.

Anderson Schreiber³² entende pela aplicação da técnica da ponderação de interesses como meio de solução dos casos concretos envolvendo responsabilidade civil em âmbito de casos difíceis, para a aferição do real interesse merecedor de tutela lesado, no plano concreto.

Em que pese a Constituição garanta no art. 5º, inciso IV, o direito fundamental a liberdade de expressão, essa não permite que direito da personalidade de outrem seja violado. Dessa forma, havendo a violação é necessário que haja a responsabilização daquele que proferiu a ofensa na rede social.

Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco³³ dispõe que:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros direitos constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não de importância de valor, ou não – até porque *“diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista”*.

³¹BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

³² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.165.

³³ MENDES, op.cit., p. 264.

A responsabilização por manifestações em redes sociais se divide em dois grupos, quais sejam, responsabilização civil e responsabilização penal. Essas espécies de responsabilizações não são excludentes entre si, sendo possível que o mesmo agente possa ser responsabilizado ao mesmo tempo na esfera penal e na esfera cível.

Cavaliere³⁴ trata do tema da responsabilidade civil e penal da seguinte forma:

Por mais que buscassem, os autores não encontraram uma diferença substancial entre ilícito civil e o penal. Ambos, como já ficou dito, importam violação de um dever jurídico, infração da lei. Beling já acentuava que a única diferença entre ilicitude penal e civil é somente de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito civil é um *minus* em relação ao ilícito penal. Em outras palavras, aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves.

Caio Mário da Silva Pereira³⁵ entende que a responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

A responsabilidade civil no direito brasileiro encontra sede no art. 927 do Código Civil³⁶. Esse estabelece o dever de indenizar por aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem. Em relação a responsabilidade civil em virtude de manifestações nas redes sociais, essa decorre de violações aos direitos da personalidade daquele que foi mencionado na publicação.

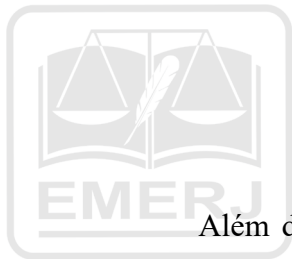
Será necessária a aplicação da técnica da ponderação para a aferição do dano a fim de evitar que a aplicação da responsabilidade civil de forma indiscriminada. Esse instituto somente deve ser aplicado aos casos em que exista uma prevalência do direito da personalidade ao direito da liberdade de expressão.

Como consequência a responsabilização civil do indivíduo, será possível vislumbrar a imposição da indenização por dano moral em virtude de violação a direito da personalidade e, também, a imposição de obrigação de fazer no sentido de retirar a publicação que ensejou tal violação.

³⁴CAVALIERIFILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32.

³⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 11.

³⁶BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 set. 2019.



Além da responsabilização civil, é possível vislumbrar a responsabilização penal do sujeito que se manifesta por meio das redes sociais. Isso ocorre porque muitas vezes a manifestação pode configurar uma conduta típica na legislação penal. Alguns autores chamam crimes praticados pela internet de crimes digitais.

Dessa forma, as violações a personalidade podem, em alguns casos, configurar crimes contra a honra do sujeito. Para isso, será necessário que tenha sido praticado o tipo penal, esteja configurado o dolo ou a culpa do agente e, além disso, não existam excludentes da responsabilidade. Estando esses elementos presentes no caso concreto, será possível que o agente seja responsabilizado penalmente.

Os crimes contra honra cometidos nas redes sociais são os mesmos praticados no mundo real, somente existe a especificidade pelo meio praticado. Dessa forma, é possível que um sujeito ofenda a honra subjetiva ou objetiva de outrem por meio de manifestação a outrem em rede social.

Os delitos de injúria, difamação e calúnia ganham uma nova roupagem devido a amplitude que as ofensas ganham nas redes sociais. A ofensa ganha uma visibilidade muito maior do que quando ocorrida pessoalmente.

Fernando Galvão³⁷ defende que a punição estatal por ilícitos penais não pode ser compreendida como uma construção meramente formal, desvinculada do sentido social a ser atribuído a conduta criminosa e das consequências práticas da intervenção punitiva. Nesse sentido, o autor entende que os contornos concretos da aplicação do direito repressivo devem ser apurados por meio do processo democrático discursivo que é o único capaz de conferir legitimidade à intervenção punitiva.

Em decorrência do crescente aumento dos crimes contra honra praticados nas redes sociais, é necessário que a legislação penal trate especificamente do delito praticado por esse meio, trazendo penas específicas, uma vez que esse delito não pode ser punido da mesma maneira daquele praticado pessoalmente. As consequências desses delitos são muito mais graves, já que a grande visibilidade do conteúdo gera uma ofensa muito mais profunda a personalidade da vítima.

³⁷ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 257.

CONCLUSÃO

A problemática trazida por esta pesquisa consistiu na necessidade de elaboração de critérios objetivos a fim de que seja possível a responsabilização por manifestações feitas nas redes sociais. O embate materializa-se pela inexistência de norma legal específica quanto ao tema, sendo necessário que a doutrina e jurisprudência estabeleçam esses critérios.

Tal controvérsia ganha grande proporções na atualidade, uma vez que as redes sociais têm se desenvolvido cada vez mais no país e os embates entre dignidade da pessoa humana e direito à liberdade de expressão encontram sem soluções objetivas aptas a garantir a observância a segurança jurídica.

Com base nas considerações apresentadas ao longo deste trabalho, conclui-se que para haver a responsabilização civil e, até mesmo, criminal é necessário que seja aplicada a técnica da ponderação de direitos fundamentais a fim de que se determine qual dos direitos deve prevalecer no caso concreto.

A responsabilidade observada dentro do âmbito das redes sociais, se refere a uma violação ao direito da dignidade da pessoa humana daquele que foi o alvo da manifestação. Por isso, não serão todas as situações que irão gerar o dever de indenizar, mas tão somente aquelas em que a violação a dignidade de pessoa humana for mais relevante do que o direito a liberdade de expressão daquele que é o emissor da manifestação.

Assim, para que surja a responsabilização civil ou criminal nas redes sociais, é necessário levar em consideração se, no caso concreto, a manifestação foi considerada como apta a violar a dignidade da pessoa humana do indivíduo e, além disso, se essa violação era mais relevante do que o direito da liberdade de expressão daquele que se manifestou na rede social.

O meio objetivo para a aferição da preponderância do direito fundamental no caso concreto é a utilização da técnica de ponderação, podendo ser adotados tantos os critérios defendidos por Luís Roberto Barroso quanto por Robert Alexy. Tais métodos permitem definir a preponderância de um dos direitos fundamentais de maneira objetiva, uma vez que utilizam critérios pré-definidos para operação de ponderação.

Por fim, em virtude da ausência de disposição específica quanto a responsabilização civil e criminal por manifestações civil e criminais ocorridas nas redes sociais no ordenamento jurídico brasileiro, o objetivo primordial do artigo é o de traçar critérios objetivos que viabilizem a proteção tanto do direito da dignidade da pessoa humana quanto do direito à liberdade de expressão, ambos positivados na Constituição Federal.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4815*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308558531&ext=.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 657.718/MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983664>>. Acesso em: 16 out. 2019.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 set. 2019.

_____. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm> Acesso em: 15 out. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRIEDE, Reis. *Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, [e-book].

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARMENTO, Daniel; *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Liberdades Comunicativas e Direito ao Esquecimento na ordem constitucional Brasileira*. Parecer proferido aos Recursos Especiais nº 1.334.097 (“caso Chacina da Candelária”) e nº 1.335.153 (“caso Aída Curi”). Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf> >. Acesso em: 02 set. 2019.

SCARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e biografias não autorizadas – notas sobre a ADI 4.815. *Revista Eletrônica CONJUR*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas> >. Acesso em: 02 set. 2019.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

QUEIROZ, João Quinelato de. *Responsabilidade Civil na rede: Danos e Liberdade à luz do Marco Civil da Internet*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Alan Rocha de et al. *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.



A RESPONSABILIDADE DO *COMPLIANCE OFFICER* E A LEI DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Carlos Donato de Azevedo Furtado

Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Fundação Oswaldo Aranha – UNIFOA.

Resumo - O presente artigo analisa a responsabilização do *compliance officer* e a lei de combate a corrupção nas empresas. O assunto escolhido é extremamente controverso e relevante no desenvolvimento de medidas de combate à corrupção no setor público e privado. O *compliance officer* é responsável pela implementação de um programa de governança corporativa nas empresas e, devido à extensão de suas atribuições, interferindo em todas as esferas econômicas da empresa, surge a necessidade de se verificar a dimensão dessa capacidade de interferência em eventuais infrações, com o fito de se evitar a implementação de um *compliance* de fachada ou não *compliance*. Pode-se afirmar que o combate à corrupção no setor público e privado tem ganhado força com as descobertas recentes de corrupção no cenário político nacional.

Palavras-chave – Direito Empresarial. Direito Administrativo. Lei Anticorrupção. Combate à Corrupção nas Empresas. *Compliance*. Responsabilidade Subjetiva.

Sumário – Introdução. 1. O que é o *compliance* e os exatos deveres de um *compliance officer*. 2. A condição do *compliance officer* como garante ou não da medida de combate ao *compliance* de fachada. 3. A necessidade de delimitação da responsabilidade do *compliance officer* como forma de se evitar a responsabilidade penal objetiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de discutir o instituto do *Compliance* como instrumento de governança corporativa. Na presente pesquisa, é demonstrado como o programa de *compliance* pode ser utilizado como um mecanismo capaz de evitar a prática de atos ilícitos e contribuir no combate a corrupção e a fraude.

A *compliance* corporativa é, em apertada síntese, o ato de se adequar, cumprir e obedecer a um regramento de comportamento institucional. Essa forma de comportamento institucional ganhou força nos Estados Unidos da América e na Inglaterra com a edição de leis que passaram a exigir das empresas um programa geral de adequação de suas normas e práticas a determinados marcos normativos referentes ao setor que desempenham suas atividades. Essas leis serviram de inspiração para o Brasil, cominando na edição da Lei nº 12.846/2013 que dispõe sobre as medidas legais de combate à corrupção.

No mundo empresarial contemporâneo, é imprescindível que se faça uma avaliação e aperfeiçoamento das boas práticas de gestão para se promover um crescimento sustentável das sociedades empresárias. Desse modo, é possível encontrar um equilíbrio entre as necessidades da organização e as práticas mais vantajosas para o mercado. E é nesse contexto que surge a importância do *compliance*, uma vez que se trata de uma política institucional que traz, em última análise, a credibilidade na organização para cumprir regras, fato que certamente impulsiona os negócios institucionais.

Contudo, apesar da inegável importância do *compliance* para garantir, resgatar e promover a credibilidade sobre determinada organização, pouco se tem trabalhado no Brasil o *compliance* como um meio de criação de mecanismos capazes de evitar a prática de atos ilícitos, o combate à corrupção e a fraude.

Assim, o instituto do *compliance* surge como um grande mecanismo não só para os operadores do direito, mas também para empresários, administradores e todos aqueles que, de alguma maneira, pretendem instalar esse método preventivo de combate a toda sorte de ilícitos, notadamente aqueles relacionados à corrupção envolvendo corporações. Para tanto, no primeiro capítulo será feita uma breve apresentação do instituto *compliance*, explicando o conceito e a sua origem, e o desenvolvimento das funções do *compliance officer* no combate preventivo à fraude e a corrupção. Procura-se, também, mostrar sua natureza jurídica e, a base constitucional de sua existência.

No segundo capítulo, serão trabalhados os riscos da implementação de um sistema de *compliance* falso, abordando se o comportamento das instituições está adequado aos princípios, aos valores morais e éticos, bem como se as políticas adotadas atendem às expectativas de coibir a prática de atos ilícitos.

Por fim, no terceiro capítulo será discutida a maneabilidade de se instituir regras definitivas sobre a responsabilidade penal do profissional de *compliance* nas organizações, e a criação de mecanismos eficazes de prevenção às práticas de atos ilícitos perpetrados no núcleo das sociedades empresariais, abordando o comprometimento da administração da corporação com o desenvolvimento de um sistema de *compliance* eficaz.

O trabalho será desenvolvido por meio de pesquisa jurídica com cunho qualitativa, com a utilização de artigos acadêmicos que tratam da importância da *compliance* para as organizações.



1. O QUE É O *COMPLIANCE* E OS EXATOS DEVERES DE UM *COMPLIANCE OFFICER*

O *compliance* significa um estado de conformidade com as normas internas e externas de uma pessoa jurídica, por meio de esforços sistemáticos que visam basicamente a prevenir, detectar e responder a possíveis desvios entre normas estabelecidas e a prática na conduta da organização.

Assim, o *compliance* pode ser definido então como conjunto de ações e planos adotados por uma pessoa jurídica, com o escopo de se garantir que cumpram todas as exigências legais e regulamentares do setor ou segmento econômico em que atuam inclusive preceitos éticos e de boa governança administrativa, visando evitar fraudes e atos de corrupção em geral, e punir adequadamente os autores dos fatos¹.

O termo *compliance* pode ser definido também pela capacidade que uma organização possui de seguir regras nacionais e internacionais, por meio de princípios éticos e morais adotados nas normas internas.

Para o jurista Fabio Medida Osório², o programa de *compliance* é um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e requer a aplicação de códigos de ética e conduta, diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Não se pode confundir a mera existência a desses códigos no “papel” com a efetividade dos programas.

O sistema de *compliance* deve ser inserido e controlado por um profissional com autonomia para realizar a governança, com status de gerente ou diretor da empresa. Para Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi³, a presença do *compliance officer* é imprescindível no ambiente corporativo, uma vez que ele funcionaria como um guardião da empresa, e teria por principal função garantir que a empresa exerça suas atividades seguindo as normas legais.

Entre as principais atribuições, destaca-se a sua independência. De fato, esta é desenvolvida com o fito de resguardar a imparcialidade das medidas que adota, contribuindo para manutenção de um ambiente favorável a adoção de comportamentos éticos de forma automática, habitual e intuitivo a todas as pessoas sujeitas ao modelo de governança

¹CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee. *Lei Anticorrupção Empresarial*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 95.

² OSÓRIO, Fabio Medina. *Compliance efetivo ou compliance de fachada, eis a questão*. Disponível em: <www.fabiomedinaosorio.com.br/compliance2018/>. Acesso em: 23 mai. 2019.

³GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 70.

corporativa. Destaca-se ainda, que o operador de *compliance* tem como maior objetivo aprimorar os sistemas de controles internos das organizações, a fim de assegurar que seus ativos estejam protegidos contra fraudes ou desvios, fortalecendo a realização das atividades em conformidade com os requisitos de valor da organização.

Paulo Henrique Mattos Wanick⁴ recomenda que os sistemas e processos de governança, riscos e compliance devem ser apoiados em políticas, códigos e normas internas que sejam aplicadas a todos, indistintamente com intuito de dar efetividade às boas práticas de gestão.

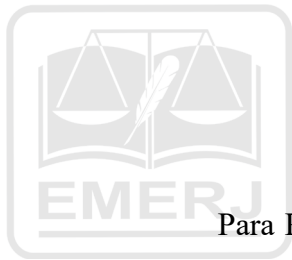
O profissional de *compliance* deve fomentar a criação de um ambiente favorável à exposição do ponto de vista dos funcionários sobre o funcionamento da empresa, incentivando-os a arriscar e apontar os problemas quando eles ocorrem, bem como suas possíveis soluções.

Mas não se limita a isso. A avaliação do *compliance officer* nas transações comerciais permite à organização identificar os pontos de fragilidade na relação com terceiros, atuando de forma preventiva, por exemplo, em eventuais descumprimentos da legislação trabalhista ou fiscal, ou mesmo desvios de conduta de seus empregados e terceiros no âmbito da organização.

Por essa ótica, pode-se observar que dentre as diversas características imprescindíveis ao profissional de *compliance*, a primordial é a diplomacia. Isso porque se exige do profissional de *compliance* um bom relacionamento em todos os segmentos da atividade empresarial, demonstrando aos sócios, acionistas, gerentes e diretores quais as políticas e os procedimentos que deverão proceder, segundo os princípios morais e éticos defendidos pela pessoa jurídica.

Ademais, o *compliance* tem uma característica singular enquanto instrumento de política pública que é a capacidade de combater o patrimonialismo e a nociva cultura do “jeitinho brasileiro”, que são vistos pelo mercado como fatores de incremento de risco e custos aos negócios. O *compliance* faz parte de uma política pública que atua sobre o setor empresarial e privado, sobre o comportamento dos indivíduos e sobre a atuação do poder público contra o desenvolvimento desse fenômeno social que é a corrupção.

⁴ WANICK, Paulo Henrique Mattos. *Lei anticorrupção e temas de compliance*. Boas práticas no setor privado na promoção de um mercado mais íntegro e ético. Salvador. Juspodivm. 2017. p. 560.



Para Paulo Henrique Mattos Wanick⁵, práticas e culturas dissociadas das tendências do *compliance* vêm sendo questionadas e devidamente desafiadas por mercados mais desenvolvidos e responsáveis:

Estratégias e sustentabilidade, conceitos fundamentais para a condução dos negócios, não mais são possíveis de serem geridos se tiverem seus interesses e focos de ação tratados de maneira isolada, mas pelo contrario, de maneira integrada, podem propiciar um conjunto de ações realmente transformadoras para aqueles que querem manter suas organizações voltadas para a perenidade e se tornarem verdadeiros líderes empresariais.

É decerto, portanto, que as organizações que de fato adotam um comportamento seguindo as boas práticas de gestão corporativa acabam por contribuir para a formação de um mercado mais íntegro e ético, sinalizando que esta é a grande preocupação da administração e como tal merece tratamento distinto das organizações que não adotam o mesmo comportamento.

De qualquer forma, há que se chamar atenção que durante o processo de desenvolvimento do trabalho de um *compliance* é possível observar duas situações oriundas da própria busca de que o profissional deve fazer quanto ao bom relacionamento com todos os segmentos da sociedade empresária: Ou seja, se de um lado a relação estreita entre *compliance officer* e diretores pode contribuir para um *compliance* efetivo, de outro, pode favorecer a interferência da alta cúpula da empresa no desempenho das funções do profissional C.O. (*compliance officer*), formando terreno propício para criação de um *compliance* de fachada.

Nessa perspectiva, e sabedor da possibilidade que em muitas ocasiões podem tentar “capturá-lo”, deve o profissional prezar sempre por sua imparcialidade, demonstrando de forma objetiva, persistente e ostensiva, qual será sua conduta e qual o comportamento esperado por parte dos gestores da organização.

2. A CONDIÇÃO DO *COMPLIANCE OFFICER* COMO GARANTE OU NÃO DA MEDIDA DE COMBATE AO *COMPLIANCE* DE FACHADA

A responsabilidade pela implantação efetiva do Programa de Integridade pertence à alta direção da empresa, de modo que eventuais condutas conflitantes com o sistema de

⁵ WANICK, op. cit. p. 542.

integridade serão objeto de responsabilização na forma do artigo 3º da Lei nº12.846/2016, já que, em regra, a sanção deve ser imputada aos dirigentes ou membros da alta direção da pessoa jurídica.

É necessário dizer que, a rigor, o oficial de *compliance* não pertence ao grupo de pessoas que detêm poder de direção ou representação da pessoa jurídica, tendo em vista que o mais comum é a contratação de profissional especializado, sem atribuir a este qualquer poder de comando, direção ou representação na pessoa jurídica.

Tal condição é precisamente observada pelo Professor Marcos Assi⁷ se referindo à subordinação direta do *compliance officer* ao diretor de *compliance* ou a algum outro diretor indicado pela organização. Portanto, em regra, o exercício de suas atividades estarão subordinadas à análise de mérito superior.

Sob esse prisma, o gestor de integridade funciona como mero coordenador ou facilitador (sem poder de comando e direção) que atua na implantação das diretrizes de *compliance* nas áreas vitais à sobrevivência da empresa, orientando e monitorando seu funcionamento, sempre subordinado ao crivo dos seus superiores.

Nesse contexto, sem possuir, de ordinário, obrigação ou dever, legal ou contratual, de evitar o cometimento de ilícitos, o exercício de seu ofício não implica inexoravelmente que tenha “deveres de garante”.

O problema é que a ausência de um dever legal (ou contratual) de combater a prática de ilícitos afeta negativamente a efetividade do trabalho realizado pelo profissional de *compliance*. Isso porque o afastamento dessa condição de garantidor implicaria diretamente na suspeição da qualidade do programa de integridade aplicado na empresa, tendo em vista que, se as atividades do operador de *compliance* não estiverem intimamente ligadas e subordinadas à finalidade precípua de evitar fraudes, os princípios e as diretrizes do programa poderiam ser mitigados ou até não cumpridos por questões de interesse privado, ensejando o que o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) denomina de *compliance* de fachada ou de prateleira.

Sobre o *compliance* de fachada, insta salientar o entendimento do CADE⁸ sobre o tema:

⁶ BRASIL. *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.

⁷ ASSI, Marcos *Gestão de compliance e seus desafios*. São Paulo: Saint Paul. 2013.p. 50-56.

⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. *CADE: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Programas de Compliance: Orientações sobre a estruturação e benefícios sobre a adoção dos programas de*

Consiste na criação de programas com a finalidade de simular um interesse em comprometimento, (também conhecidos como *sham programs* - programas falsos), e que na prática se revelam mera adoção formal de um programa; ou seja, uma organização que não se preocupa com o cumprimento das leis e diretrizes de *compliance* ou não se importa com sua eficácia.

Sendo assim, daquilo que o CADE denomina *compliance* de fachada, é comum que empresas adotem programas de integridade superficiais sem preocupação com a manutenção do ambiente competitivo, inclinando-se, exclusivamente, a utilizar o *compliance* como circunstância atenuante em eventual condenação. É o verdadeiro placebo em que o *compliance* é apenas uma cápsula vazia.

Por tais razões, há uma gama de medidas que devem ser adotadas para se evitar o considerado “*compliance* de prateleira”, dentre elas, a responsabilização do *compliance officer* pelos atos lesivos praticados no exercício de sua função que naturalmente deveria evitar, garantindo sua independência, autonomia e desvinculando suas decisões do crivo dos membros da direção administrativa.

No entanto, é imperioso esclarecer que essa responsabilização não significa necessariamente que o *compliance officer* exerça função de garante. Não se trata disso.

Isso porque atribuir uma espécie de responsabilidade objetiva no desempenho da função é, *prima facie*, outra modalidade de favorecimento ao programa de fachada, em que o profissional de *compliance*, devido a sua autonomia e independência, poderia ser utilizado como “bode expiatório” da alta cúpula da empresa e suportar as responsabilidades de eventuais condutas ilícitas praticadas que, em regra, são de natureza solidária.

Portanto, a independência e a autonomia no desempenho da implementação das boas práticas podem ter sua finalidade desviada tanto para maximizar a imputação ao profissional de *compliance* quanto para mitigar seu poder decisório; por essa razão, a solução repousa na responsabilidade subjetiva do *compliance officer*, ou seja, que demanda a verificação de dolo ou culpa, como forma de estabelecer um equilíbrio entre as responsabilidades, impedindo que o instituto do *compliance* seja desviado e garantindo a punição de qualquer envolvido em práticas ilícitas na medida de sua culpabilidade.

3. A NECESSIDADE DE DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO *COMPLIANCE OFFICER* COMO FORMA DE SE EVITAR A RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA

Muito embora a cultura do *compliance* esteja se difundindo rapidamente no cenário corporativo empresarial, o tema de responsabilidade penal na gestão de *compliance* nas empresas ainda é um tema carente de experiências em nosso ordenamento jurídico.

Dito isso, insurgem-se ilações a respeito de uma possível responsabilização criminal irrestrita do *compliance officer* na hipótese de sobrevir alguma conduta delituosa no âmbito da atividade empresarial, comprometendo a efetividade de sua função de desenvolver, gerir e implementar os mecanismos relativos à integridade da pessoa jurídica.

Para enfrentar o tema abordado, é necessário esclarecer os questionamentos a seguir: tendo em vista que o profissional de *compliance*, na prática, está a serviço do próprio Estado na prevenção e repressão à corrupção, seria razoável acusá-lo por todo e qualquer delito no qual uma empresa venha a se envolver? No mesmo sentido, seria viável imputar ao *compliance officer* a responsabilidade de evitar a ocorrência de qualquer ato ilícito sob pena de ele mesmo ser considerado um autor ou partícipe do delito? A resposta mais razoável certamente é negativa.

No momento em que o *compliance officer* recebe o mandato da alta direção para desenvolver o programa de integridade dentro da estrutura de uma determinada pessoa jurídica há uma transmissão de responsabilidades e deveres inerentes à implantação efetiva do programa, de modo que a falha na prestação do serviço pelo gestor de *compliance* que acarrete prejuízo à pessoa jurídica ou responsabilização penal, em regra, não poderia ser atribuída ao gestor, salvo comprovado o dolo ou culpa do C.O. no deslinde da conduta criminosa.

Isto é, diante da assunção de poderes para proteção do bem jurídico tutelado, vislumbra-se a responsabilidade do *compliance officer*, naquilo que foi denominado por Günter Jakobs⁹, como ausência de dever de cuidado especial.

Conforme muito bem colocado por João Paulo Orsini Martinelli¹⁰:

Consequentemente, apenas poderá ser responsabilizado penalmente aquele que pratica uma conduta de forma dolosa ou culposa e que guarde nexos de causalidade com um resultado previsto em lei como crime. Além disso, o agente deve ser

⁹JAKOBS, Gunter. *Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 318.

¹⁰MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal – parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 243.



incriminado pelas condutas praticadas e não por sua pessoa, de sorte que se valora um direito penal de fato e não um direito penal de autor.

Sendo assim, o indivíduo que envida esforços em prol de um programa de integridade, não pode suportar a responsabilidade de determinado crime fundamentado, simplesmente, na posição que ocupa, sob pena de se induzir à aplicação de uma responsabilização penal objetiva, que é expressamente vedada em nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, também já têm se manifestado os Tribunais nacionais, entre eles o Superior Tribunal de Justiça¹¹:

Tem reiteradamente decidido ser inepta a denúncia que, mesmo em crimes societários e de autoria coletiva, atribui responsabilidade penal à pessoa física, levando em consideração apenas a qualidade dela dentro da empresa, deixando de demonstrar o vínculo desta com a conduta delituosa, por configurar, além de ofensa à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio.

A rigor, o profissional de *compliance* somente poderia ser condenado na esfera criminal nas hipóteses em que as provas sejam suficientes e robustas no sentido de a conduta contribuir efetivamente para a prática de um delito, fazendo-o de forma dolosa ou culposa¹², não se admitindo que figure no polo passivo de uma ação penal, apenas por ser titular de um cargo na estrutura hierárquica da pessoa jurídica.

Por exemplo, o *compliance officer* apenas poderia ser acusado de praticar um crime de corrupção ativa caso existam provas de que prometeu ou ofereceu vantagem indevida a um agente público, de que ordenou um terceiro a realizar tal promessa ou que participou do processo decisório para que o suborno fosse prometido, valendo lembrar que essa seria uma hipótese de responsabilização por crime comissivo que não restam dúvidas quanto à capitulação do fato.

No entanto, o ponto controverso desse tema repousa na equiparação do *compliance officer* à posição de garante, ou seja, nas hipóteses em que se verifica uma omissão imprópria ou comissão omissiva caracterizada por uma falha no exercício de suas atribuições.

¹¹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – RHC n° 43.405/MG – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – Sexta Turma – Julgado em 2/9/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/554474055/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-45464-sp-2014-0035986-7>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

¹²Vale ressaltar o caso do *compliance officer* do *National Labor Relations Board*, que, durante o seu julgamento, admitiu ter desviado aproximadamente US\$ 400.000,00 na época em que era responsável pela agência federal norte-americana. Disponível em: <https://www.justice.gov/usao-dc/pr/former-compliance-officer-national-labor-relations-board-pleads-guilty-stealing-more>. Acesso em: 28 abr. 2019.

Essa falha pode ser denominada no direito penal como crime omissivo improprio ou comissivo por omissão, hipótese em que o agente – denominado garantidor ou garante – tem o dever de agir para evitar um resultado delituoso, mas por dolo ou culpa se omite acerca dessa obrigação e o resultado produzido.

Sobre o tema dos crimes omissivos impróprios, é importante destacar as lições de Rogério Sanches Cunha e Renee de Ó Souza¹³:

Nos crimes omissivos impróprios não basta a simples abstenção de comportamento. Adota-se aqui a teoria normativa, em que o não fazer será penalmente relevante apenas quando o omitente possuir a obrigação de agir para impedir a ocorrência do resultado (dever jurídico). Mais do que um dever genérico de agir, aqui o omitente tem dever jurídico de evitar a produção do evento.

Consoante o dispositivo penal do artigo 13, §2º, a omissão será considerada penalmente relevante quando aquele que se omitiu devia e podia agir, sendo certo que possuem o dever de agir aqueles que tenham por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância e, de outra forma, assumiram a responsabilidade de impedir o resultado e com seu comportamento anterior, criaram o risco da ocorrência do resultado.

Nesse prisma, de acordo com a doutrina, a figura acima seria a de “garante” ou “garantidor”, isto é, a pessoa que tem uma especial relação com determinado bem jurídico e, conseqüentemente, um dever legal de agir para evitar um resultado, sendo que eventual omissão pode ser equiparada a uma verdadeira ação¹⁴.

Em síntese, a condição de garante do *compliance officer* iniciaria no momento em que a pessoa pertencente à alta cúpula da pessoa jurídica lhe confere poderes para prevenir e reprimir práticas indevidas, concedendo responsabilidades de proteger a conformidade ética da empresa e não se omitir diante de alguma hipótese que possa lesar o bem jurídico ao qual se incumbiu de vigiar. Desse modo, por esse raciocínio, se o *compliance officer* toma ciência da ocorrência de um crime no âmbito da empresa e, mesmo assim, nada faz, poderia, em tese, ser também considerado autor do referido crime¹⁵.

¹³ CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee de Ó. *Curso de Direito Penal*. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 264.

¹⁴ MARTINELLI, op. cit. p. 532.

¹⁵ Esse seria o caso dos irmãos Peter e Bernard Madoff, que causaram um prejuízo de cerca de US\$ 60 bilhões a investidores. Peter Madoff atuou como C.O. de uma firma de investimentos de seu irmão e, por meio de investigações, foi comprovada a prática de declarações falsas a investidores; O C.O. nunca realizou as revisões de *compliance* periódicas que lhe eram exigidas, mas declarava sua realização aos investidores. Por ser considerado uma espécie de porteiro – *gatekeeper* –, Peter foi condenado à pena de 10 anos de prisão pela Corte Federal de Manhattan por fraude, por meio de omissão acabou permitindo a seu irmão continuar colocando em prática o Esquema de Ponzi. Disponível em: <https://archives.fbi.gov/archives/newyork/press-releases/2012/peter-madoff-former-chief-compliance-officer-and-senior-managing-director-at-bernard-l.-madoff-investment-securities-llc-sentenced-in-manhattan-federal-court-to-10-years-in-prison>. Acesso em: 18 abr. 2019.

Observe-se, contudo, que ainda que se admita a possibilidade da atribuição de garante ao *compliance officer*, não significa que essa responsabilidade criminal seja atribuída de forma indiscriminada por todo e qualquer evento.

Como já apontado, o papel do *compliance officer* é de estruturar, implementar e gerir o programa de integridade¹⁶.

Alguns defendem que se trata, na verdade, de um indivíduo com um papel limitado, que possuiria apenas um domínio informativo, cabendo-lhe, dentro do âmbito de sua competência profissional, tão somente cientificar uma autoridade superior sobre indícios da prática de um fato ilícito, ao passo que a responsabilidade de tomar as medidas cabíveis ficaria a cargo de tal superior¹⁷.

Conforme leciona Jorge Renato Mello Silveira¹⁸:

Isso significaria que o *compliance officer* não assumiria a responsabilidade de evitar a prática de todo e qualquer crime no âmbito da empresa em que atua, agindo, de fato, como alguém que presta auxílio à diretoria, que possui um papel bem definido e que somente pode ser responsabilizado por atos praticados na sua esfera de competência, sob o risco de se criar situações de verdadeira injustiça.

Em síntese, ainda que seja considerado garante, é necessário que *compliance officer* desenvolva os estritos deveres que lhe são atribuídos.

Portanto, embora seja imprescindível o trabalho desempenhado pelo gestor de *compliance*, a sua presença não remete à uma desobrigação por parte dos colaboradores da empresa em cumprirem suas responsabilidades individuais, conforme lecionam Helena Regina Lobo da Costa e Marina Pinhão Coelho de Araújo¹⁹, a estrutura que responderá pelo setor de *compliance* empresarial, seja ela centrada em uma pessoa, em uma junta de pessoas, ou ainda em um representante externo, não definirá as decisões a serem tomadas por esta companhia. Ela é apenas o alerta sobre riscos evidentes e inerentes às decisões. A afirmação até pode parecer um tanto óbvia, mas muitas vezes parte-se do pressuposto que o *compliance officer* pode e deve fazer o impossível para evitar qualquer tipo de conduta ilícita ou indesejada na companhia. Se assim o fosse, o *compliance officer* deveria ser, em verdade, o executivo principal da companhia e não apenas uma área de assessoria na administração.

¹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 144.

¹⁷ CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. O *compliance officer* é autêntico garante no âmbito dos crimes omissivos impróprios ambientais? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 280. março/2016. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim280.pdf?x=05022016>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

¹⁸ SILVEIRA, op. cit. p. 144.

¹⁹ COSTA; ARAÚJO, apud, SILVEIRA; SAAD-DINIZ, op. cit., p. 144 e 145.

CONCLUSÃO

Conclui-se pelo trabalho desenvolvido que para se obter sucesso na implementação de um programa de *compliance* é indispensável o aval explícito e apoio incondicional dos mais altos executivos da empresa. Além disso, é imprescindível que as empresas que possuem um programa de *compliance* sejam lideradas por um profissional independente da alta cúpula da sociedade, com autoridade e recursos suficientes, e com suficiente autonomia de gestão para garantir que o programa seja eficaz para prevenir, detectar e punir as condutas empresariais antiéticas.

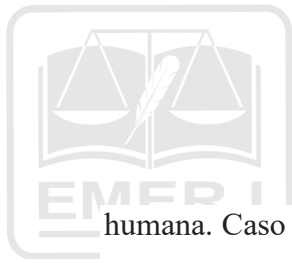
Contudo, é importante destacar, daquilo que se espera da autonomia concedida ao *compliance officer*, que não seja confundido com uma transferência de responsabilidade da alta cúpula da empresa ao gestor, sob pena de se inaugurar uma modalidade de garantidor no direito penal, engessando toda a estrutura do instituto do *compliance*.

É necessário sim que esse profissional esteja diretamente responsável pelas suas condutas à frente da empresa, no que tange a gestão de *compliance* por condutas contrárias à lei e ao sistema de boas práticas instituído, desde que devidamente apurado que atuou com dolo ou culpa e sem prejuízo de eventual responsabilização dos diretores envolvidos na prática delituosa, que poderia ensejar uma responsabilização penal objetiva, que é vedada no ordenamento jurídico pátrio.

Sendo assim, verifica-se que o *compliance officer*, quando estiver diante de uma situação de dúvida quanto à licitude de eventuais condutas internas da administração, deverá se reportar aos diretores da sociedade empresária e, caso permaneçam inerte quanto à apuração de denúncias, a postura mais correta a ser adotada será seu afastamento.

Isso porque ocupar um cargo com tantas responsabilidades em uma empresa em que não há o apoio da alta administração ou pior, quando a alta direção está envolvida em práticas ilícitas, cria-se um ambiente propício para a instalação de um sistema de *compliance* de fachada, podendo acarretar, ao longo do tempo, algum tipo de responsabilização criminal.

Portanto, a cerne do problema repousa em se atribuir as responsabilidades inerentes às funções do *compliance officer* sem que essas atribuições produzam efeitos de uma espécie de garantidor no direito penal. De toda sorte, o remédio para se dirimir eventuais efeitos negativos dessa responsabilização encontra guarida na interpretação isolada de cada caso pelos tribunais superiores, sempre fundamentados nos princípios consagrados em nosso ordenamento jurídico, como legalidade, culpabilidade, *ultimaratio* e dignidade da pessoa



humana. Caso se verifique que a suposta mudança não se amolda aos parâmetros norteadores, evidentemente não se está diante de uma mudança positiva em prol do sucesso do sistema de *compliance*.

REFERÊNCIA

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*. São Paulo: QuartierLatin. 2015.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 349.073/SP* – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – Rel. p/ acórdão Min. Sebastião Reis Júnior – 6ª Turma – j. 26.04.2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583591329/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-95995-sp-2018-0058344-0/relatorio-e-voto-583591392?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. JUSTIÇA, Ministério da. CADE: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia Programas de Compliance: Orientações sobre a estruturação e benefícios sobre a adoção dos programas de compliance concorrencial*. Brasília/DF. Janeiro de 2016.

CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. *O compliance officer é autêntico garante no âmbito dos crimes omissivos impróprios ambientais? Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, nº 280, 2016.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APn 470*. *Revista Brasileira de Compliance Criminal*. Disponível em nº. 106, 2014. Acesso em: 8 mai. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee. *Lei Anticorrupção Empresarial*. Salvador: Juspodivm. 2018.

_____. *Curso de Direito Penal*. Salvador: Juspodivm. 2018.

DEPARTMENT OF JUSTICE. U.S. Attorney's Office. *Former Compliance Officer for National Labor Relations Board Pleads Guilty to Stealing More Than \$400,000 from Agency*. Disponível em: <www.justice.gov/usao-dc/pr/former-compliance-officer-national-labor-relations-board-pleads-guilty-stealing-more>. Acesso em: 18 abr. 2019.

_____. *Evaluation of Corporate Compliance Programs*. Disponível em : <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Saraiva. 2015.

JAKOBS, Gunter. *Tratado de Direito Penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.

LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINS, Jorge Washington Gonçalves. Considerações preliminares acerca da responsabilidade criminal do compliance officer. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 284, julho/2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini – BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal – parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OSÓRIO, Fabio Medina. *Compliance efetivo ou compliance de fachada, eis a questão*. Disponível <www.fabiomedinaosorio.com.br/compliance2018/>. Acesso em: 23 mai. 2019.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

USA. The FBI, Federal Bureau Investigation. U.S. Attorney's Office. *Peter Madoff, Former Chief Compliance Officer and Senior Managing Director at Bernard L. Madoff Investment Securities LLC, Sentenced in Manhattan Federal Court to 10 Years in Prison*. Disponível em: <<https://archives.fbi.gov/archives/newyork/press-releases/2012/peter-madoff-former-chief-compliance-officer-and-senior-managing-director-at-bernard-l.-madoff-investment-securities-llc-sentenced-in-manhattan-federal-court-to-10-years-in-prison>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

WANICK, Paulo Henrique Mattos. *Lei anticorrupção e temas de compliance*. Boas práticas no setor privado na promoção de um mercado mais íntegro e ético. Salvador. Juspodivm. 2017.



DA REGRESSÃO DE REGIME POR COMETIMENTO DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO DURANTE A EXECUÇÃO PENAL

Carolina de Souza Sabino

Graduada pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada.

Resumo – A temática abordada no presente trabalho é a análise da constitucionalidade da hipótese prevista no art. 118, I, da Lei de Execuções Penais que trata da possibilidade de regressão de regime por cometimento de novo crime antes da sentença penal condenatória relacionada a essa nova infração penal. Diante dessa hipótese, mostra-se fundamental que o aplicador da lei faça uma interpretação conforme a Constituição, de forma que seja possível adequar a previsão legislativa as garantias constitucionais, que devem ser asseguradas a todos os indivíduos, independentemente de sua condição pessoal, o que também inclui aqueles que estão em situação de cárcere.

Palavras-chave – Execução Penal. Presunção de Inocência. Regressão de Regime. Novo crime.

Sumário – Introdução. 1. Da análise constitucional do art. 118, I, da Lei de Execução Penal. 2. Da inviabilidade da regressão de regime por cometimento de novo crime durante a execução penal. 3. Das consequências da regressão de regime nos moldes do art. 118, I, da LEP. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a hipótese de regressão de regime prisional por cometimento de fato definido como crime doloso durante a execução penal. O objetivo é demonstrar que a punição daquele que pratica novo crime durante a execução penal deve seguir os mesmos parâmetros constitucionais que permeiam o processo penal, afastando a hipótese presente na Lei de Execução Penal que permite a regressão de regime desde logo haja a notícia do cometimento de novo crime.

Nesse sentido, as questões abordadas no artigo perpassam à análise dos princípios constitucionais aplicáveis no momento da regressão de regime, visto que a Lei de Execução Penal é diploma anterior à própria Constituição Federal, e por isso, contém dispositivos que devem ser interpretados à luz da Lei Maior.

O ponto principal do trabalho é demonstrar que as previsões constitucionais a favor dos direitos dos indivíduos em situação de encarceramento não devem ser afastadas apenas pela condição pessoal que o indivíduo apresenta.

Dessa forma, a punição pelo ato ilegal deve ser feita apenas após a persecução penal, e ainda posterior a sentença transitada em julgado, o que se dá em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando de que forma é possível identificar que a hipótese prevista na Lei de Execução Penal de regressão de regime por cometimento de novo crime conflita com dispositivos constitucionais, principalmente no que se refere ao princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, serão apontados dispositivos constitucionais que permitem identificar esse conflito como forma de reforçar a ideia central do trabalho.

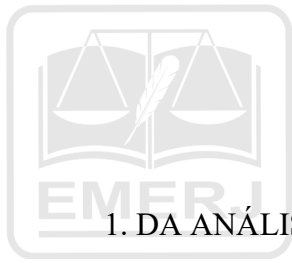
No segundo capítulo segue-se identificando a razoabilidade ou não da regressão de regime na hipótese estudada, a qual é aplicada sem antes garantir ao apenado toda a estrutura prevista na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Para tanto, será discutido como a regressão de regime por cometimento de novo crime pode trazer consequências prejudiciais ao apenado que não foram previstas pelo legislador e que ultrapassam a finalidade da punição pretendida pela norma aplicável.

Já o terceiro capítulo aprofunda a parte prática da pesquisa com o fim de examinar se a hipótese de regressão de regime por cometimento de novo crime deve ser aplicada pelo juiz da execução penal apenas após uma interpretação conforme a Constituição. O objetivo é constatar a necessária releitura do art. 118, I, da Lei de Execução Penal como forma de adequar a norma ao ordenamento jurídico brasileiro.

O presente trabalho não tem a finalidade de esgotar o assunto de maneira plena, mas visa o debate sobre a divergência existente entre o que está previsto constitucionalmente e o que é aplicado no cotidiano no âmbito da execução penal. O que se pretende é demonstrar que as determinações constantes na Constituição Federal são de aplicabilidade geral, não sendo possível haver distinções quanto a aplicabilidade de direitos em relação aqueles que estão em situação de cárcere.

O método hipotético-dedutivo foi aplicado na presente pesquisa, 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 ora realizada, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

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



1. DA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ART. 118, I, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando de que forma é possível identificar que a hipótese prevista no diploma que regula as execuções penais de regressão de regime por cometimento de novo crime conflita com princípios constitucionais, principalmente no que se refere ao da presunção de inocência.

A mencionada lei, apesar de ser anterior ao texto constitucional, possui um conteúdo moderno, tendo como um dos seus maiores pilares a garantia aos direitos fundamentais dos presos, o que inclui, precipuamente, o fim de ressocializá-los, ao lado das outras funções, que necessariamente não ocorrem ao mesmo tempo, mas que também tem como finalidade a função retributiva, preventiva geral e especial e reeducativa.

Sobre isso, ainda que esse seja o propósito da lei em análise, ainda assim é possível identificar dispositivos legais que vão de encontro a esse objetivo, podendo ser identificadas algumas hipóteses em que o apenado se encontra desprovido de qualquer direito fundamental previsto constitucionalmente, o que demanda uma atuação positiva do aplicador lei com o fim de afastar essas situações.

Os princípios constitucionais, atualmente, possuem extrema relevância no ordenamento jurídico, e em virtude do seu valor normativo, assim como as regras, devem ter aplicabilidade imediata. Em razão disso, independentemente da situação pessoal do indivíduo, se está em situação de cárcere ou não, esses princípios devem ser observados como forma de cumprimento do texto constitucional.

Sobre isso, os princípios constitucionais de maior relevância e aplicação obrigatória na execução penal, principalmente no que pertine à hipótese de regressão de regime por cometimento de fato definido como crime doloso pelo sentenciado são: o princípio do devido processo legal, que impõe que o processo seja adequado e legitimado pelas normas previstas no código processual, possibilitando a restrição da liberdade do indivíduo apenas quando houver observância dessa prerrogativa; princípio do *ne bis in idem*, configurado pela impossibilidade de dupla punição pelo mesmo fato cometido pelo indivíduo; princípio da legalidade, que estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei; e princípio da presunção de inocência, caracterizado como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, garantindo que ninguém seja considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

Nesse ponto, de acordo com o princípio constitucional da presunção de inocência, a sentença transitada em julgado seria o único meio capaz de demonstrar que houve a prática de

crime doloso, situação que apenas existirá após a garantia do contraditório e da ampla defesa. Esses institutos não são assegurados na esfera administrativa, já que nesse momento o acautelado é apenas ouvido momentos antes da decisão que determina a regressão ou não, em audiência de justificação, conforme previsão do art. 118, § 2º da LEP¹.

A presunção de inocência, de acordo com Aury Lopes Jr.², se configura como “um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida, o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos”.

Destaca-se que a interpretação dos princípios constitucionais durante a atuação jurisdicional deve ser feita de acordo com a finalidade prevista pela Lei Maior, de forma que sejam afastadas crenças ou opiniões pessoais daquele que aplicará a lei. Isso porque, ideais próprios não podem configurar fonte de interpretação da lei, o que poderia culminar para uma ofensa ao princípio da isonomia, o que fere toda a unidade que compõe o ordenamento jurídico, impedindo qualquer tipo de segurança jurídica que se espera das relações jurídicas, possibilitando a vida harmoniosa em sociedade.

Por isso, é impossível entender que a hipótese de regressão em análise se trata apenas de uma simples punição administrativa, visto que ela refletirá de maneira decisiva no cumprimento da pena, que tem suas diretrizes norteadas por diplomas legais, não podendo ter sua cognição limitada pela discricionariedade administrativa.

Nesse sentido é que se pode falar que a hipótese de regressão em análise afronta a Constituição Federal, principalmente por ser norma anterior à Carta Magna. O legislador, ao não exigir que haja sentença penal condenatória, bastando a notícia do cometimento de crime doloso para regredir de regime o apenado, impede que direitos constitucionais sejam garantidos aos apenados.

Ademais, é importante que o judiciário exerça um papel mais ativo no que se refere a aplicação do diploma que regula as execuções penais, dando destaque à análise dos dispositivos que afrontam o texto constitucional, possibilitando o seu afastamento pela aplicação do instituto da interpretação conforme a Constituição.

Para tanto, a análise da regressão de regime por cometimento de novo crime deve ser feita de forma restrita, já que o ordenamento jurídico não permite outra solução senão apenas a aplicação de normas que estejam de acordo com o texto constitucional, visto que o

¹BRASIL. *Lei nº 7210/84*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

²LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.



ordenamento jurídico é uno e coerente, fazendo com que todas as normas que dele derivam estejam em consonância com a norma fundamental, identificada como a presente no topo da pirâmide jurídica.

O momento de criação da LEP é anterior ao próprio regime democrático, refletindo os valores de uma época em que o país não vive mais. Sobre o assunto, destacando a importância da interpretação da norma ao contexto histórico de sua aplicação, entendendo Miguel Reale³ que:

[...] dizemos, assim, que uma regra ou uma norma, no seu sentido autêntico, é a sua interpretação nas circunstâncias históricas e sociais em que se encontra no momento o intérprete. Isto não quer dizer que sejamos partidários do Direito livre. Assim, o juiz não pode deixar de valorar o conteúdo das regras segundo tábua de estimativas em vigor no seu tempo. O reajustamento permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça é um dever dos que legislam, mas não é dever menor por parte daqueles que têm a missão de interpretar as leis para mantê-las em vida autêntica.

Dessa forma, cabe ao julgador responsável pela execução penal no caso concreto afastar a aplicação literal da norma em debate de forma que fique evidenciado que a regressão de regime por cometimento de novo crime está condicionada a existência de trânsito em julgado da sentença condenatória respectiva.

Atualmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal entendem que é suficiente a aplicação da regressão direta do apenado mediante a notícia de cometimento de novo crime, ainda que não exista sentença penal condenatória relativa à nova conduta, o que pode ser considerado como uma grave violação ao princípio da presunção de inocência.

Nesse aspecto, ainda que esse seja o entendimento dos Tribunais Superiores, o tema em análise continua sendo de grande relevância em virtude do atual panorama que o ordenamento jurídico se encontra, visto que a questão central deste trabalho voltou a ser objeto de discussão no STF, que deve analisar um ponto relevante que poderá impactar na questão ora em debate.

Até o ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal entendia que a execução provisória da pena só deveria ocorrer quando do último julgamento do recurso possível, como forma de prestigiar o princípio da presunção de inocência. Esse entendimento ficou pacificado até o ano de 2016, momento em que ficou determinado que seria possível a execução da pena logo após a condenação em segunda instância.

Contudo, como o tema ainda levanta grandes debates, atualmente estão pendentes para análise Ações Diretas de Constitucionalidade com o fim de retornar o debate sobre o

³REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 508.

assunto no STF, o que indica uma inconstância sobre a definição da constitucionalidade da prisão preventiva no momento em que ainda não há uma sentença definitiva transitada em julgado.

2. DA INVIABILIDADE DA REGRESSÃO DE REGIME POR COMETIMENTO DE NOVO CRIME DURANTE A EXECUÇÃO PENAL

Ao analisar a finalidade do processo penal, de plano, a ideia que se instala é a de que ele objetiva exclusivamente à aplicação a lei penal, como um instrumento do poder punitivo do Estado. Contudo, principalmente com o advento do atual texto constitucional, deve-se relacionar o processo penal como um meio limitador da atuação punitiva do Estado, podendo servir, também, para absolver inocentes. Isso se deve ao fato de que o processo penal permite que as garantias constitucionais sejam asseguradas ao indivíduo diante da acusação estatal.

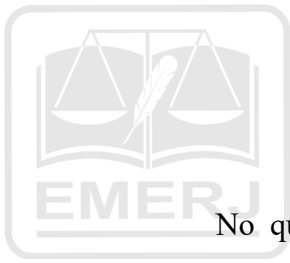
A aplicação da pena deve ser feita pelo Estado de acordo com os preceitos constitucionais. Com isso, o *jus puniendi* deve ser exercido diante da aplicação de todas as formalidades intrínsecas ao direito de punir atribuído ao Estado. O *jus puniendi*, então, possui relação estreita com os princípios constitucionais, que permitem a correta aplicação da pena ao indivíduo, que não pode ser prejudicado exclusivamente pela sua condição pessoal.

Nesse sentido, o legislador, ao não exigir que haja sentença penal condenatória nos termos analisados, bastando a notícia do cometimento de crime doloso para regredir de regime de cumprimento de pena o reeducando, impede que direitos constitucionais sejam garantidos a ele.

A partir daí o que se tem é a dualidade entre a previsão legal da hipótese de regressão em face de princípios previstos constitucionalmente, em especial, ao que trata da presunção de inocência. Sobre o tema, J.J. Gomes Canotilho⁴ ressalta que “os preceitos ou normas (regras e princípios), que integram a Constituição, encontram-se num grau hierarquicamente superior em face de todas as demais normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro”.

Com isso, tendo em vista o fato de a Constituição encontrar-se no topo do sistema jurídico, não é possível admitir que haja dispositivos de lei incompatíveis com ela, seja no aspecto formal ou material.

⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 92.



No que tange à regressão de regime por cometimento de novo crime durante a execução penal, é possível identificar a polarização ora analisada. Isso porque, essa hipótese legal menciona que a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos quando o condenado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, reflete clara afronta a inúmeros princípios constitucionais.

Sabe-se que durante a execução penal, quando a autoridade administrativa atuante no sistema carcerário tem a notícia do possível cometimento de novo crime pelo apenado, a informação é passada ao juiz da execução penal responsável para que ele aplique, desde logo, a regressão de regime.

Sobre esse novo crime, também é iniciada nova persecução penal, paralela à execução da pena, com o fim de identificar autoria e materialidade, que se estiverem presentes, darão início a uma ação penal, permeada pelas garantias previstas pela Constituição Federal ao processo penal.

Dessa forma, deve ser feita uma análise anterior a instauração do processo penal correspondente, o que ocorre na esfera administrativa, em procedimento sumário e incidental, caracterizado como um meio insuficiente para a correta constatação do episódio. Com isso, esse julgamento precário pode vir a conflitar com eventual absolvição do acautelado no processo judicial, que também analisará o fato, mas que é posteriormente instaurado, o que pode ocasionar a aplicação de duas sanções distintas sobre a mesma conduta.

Logo, essa hipótese deve ser aplicada em respeito as previsões constitucionais, em especial, seus princípios, de maneira que, diante da notícia do cometimento do fato definido como crime doloso, para a aplicação das sanções respectivas a essa conduta, deverá o juiz se certificar que há uma respectiva sentença judicial transitada em julgado, em respeito ao princípio da presunção de inocência.

Destaca-se que o momento de criação do texto normativo que regula as execuções penais é anterior ao próprio regime democrático, refletindo os valores de uma época em que o país não vive mais.

Sobre isso, é importante ressaltar que essa lei foi recepcionada pela Carta Magna em razão de sua aparente compatibilidade formal e material com a Constituição atual. Contudo, sabendo que o texto maior inovou em inúmeros aspectos no ordenamento jurídico brasileiro, não é de se estranhar que seria impossível que uma lei anterior à carta política não apresentasse incompatibilidade com os preceitos fundamentais constitucionais.

Nesse sentido, é necessária uma atuação positiva quanto ao afastamento ou adequação de normas claramente inconstitucionais que estão inseridas em diplomas que foram recepcionados pela Constituição de 1988.

Isso se deve ao fato de que a punição administrativa em decorrência da notícia de cometimento de novo crime afeta drasticamente a situação pessoal do apenado, momento em que é aplicada a norma infraconstitucional em detrimento da Constituição Federal. Com isso, sabendo que apenas em respeito ao processo penal, que é norteado pelas garantias constitucionais, é possível direcionar efetivamente uma instrução criminal, deve a norma em análise ter seu texto interpretado conforme a Constituição.

Dessarte, é importante que o judiciário exerça um papel mais ativo no que se refere a aplicação da Lei de Execução Penal, dando destaque à análise dos dispositivos que afrontam a Constituição Federal, possibilitando o seu afastamento pela aplicação do instituto da interpretação conforme a Constituição. Para tanto, a análise da regressão de regime por cometimento de novo crime deve ser feita de forma restrita, já que o ordenamento jurídico não permite outra solução senão apenas a aplicação de normas que estejam de acordo com o texto constitucional.

Dessa forma, cabe ao julgador responsável pela execução penal, no caso concreto, afastar a aplicação literal da norma que prevê a hipótese em análise de forma que fique evidenciado que a regressão de regime por cometimento de novo crime está condicionada a existência de trânsito em julgado da sentença penal condenatória respectiva.

Ademais, sabendo que os princípios também têm força normativa, no caso do princípio da presunção de inocência, preceito constitucional, conclui-se que ele está hierarquicamente acima da regra estabelecida previsto no artigo analisado, diploma legal que deve se adequar ao comando maior.

Por consequência, como sabido, a interpretação de dispositivos legais à luz de princípios constitucionais não ofende a súmula vinculante n.10, a qual diz que viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Isso porque, no caso, não haverá afastamento ou declaração de inconstitucionalidade do artigo analisado, o qual continuará a ter vigência, mas será aplicado diante de uma interpretação conforme a Constituição Federal.



3. DAS CONSEQUÊNCIAS DA REGRESSÃO DE REGIME NOS MOLDES DO ART. 118, I DA LEP

Superadas as questões trazidas nos capítulos anteriores, passa-se à análise das consequências advindas da hipótese de regressão de regime por cometimento de novo crime durante a execução penal, momento em que serão abordadas algumas inconsistências advindas da aplicação dessa hipótese legal.

Conforme disciplina o art. 52, primeira parte, da Lei nº 7210/84⁵ a prática de crime doloso durante a execução caracteriza falta grave. Nesse sentido, a análise da falta grave que ora se faz é baseada apenas nas que são caracterizadas como crime, já que o diploma normativo que trata da execução penal apresenta outras modalidades de falta grave que também gerarão a regressão de regime, mas que não necessariamente são tipificadas como ilícito penal, apenas possuindo relevância no âmbito da execução penal.

Sobre isso, ao combinar o art. 50 ao art. 118, I, da Lei de Execução Penal⁶ identifica-se que algumas hipóteses não foram previstas pelo legislador quando da edição das respectivas normas.

Isso porque, sabendo que apenas por meio do processo penal haverá o respeito a direitos, regras e princípios constitucionais, a partir dele é que se concretizará a preservação da liberdade jurídica do indivíduo contra o Estado. Nesse sentido, então, é que se pode falar que apenas por meio do processo penal é que se pode identificar a possível atuação do apenado que se configure prática de crime doloso, mas que, de certa forma, é legitimada pelo Estado.

A hipótese em análise é da eventual ocorrência de algum ato de legítima defesa realizado pelo acautelado que será considerado como prática de infração disciplinar caso não haja a demonstração eficaz da ocorrência da excludente de ilicitude. Nesse sentido, é possível identificar que o procedimento administrativo disciplinar, na maioria das vezes, é insuficiente para comprovar a circunstância em exame, já que o instituto possui peculiaridades para a sua configuração, o que exige exame atento quanto a sua presença.

Sobre o assunto, explica Bitencourt⁷:

⁵BRASIL. *Lei nº 7210/84*, de 28 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

⁶Ibidem.

⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 11 ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 317.

A legítima defesa, nos termos em que é proposta pelo nosso código Penal, exige a presença simultânea dos seguintes requisitos: agressão injusta, atual ou iminente; direito próprio ou alheio; meios necessários usados moderadamente; elemento subjetivo; *animus defendendi*. Este último é um requisito subjetivo; os demais são objetivos.

A excludente de ilicitude é um instituto do direito penal que tem previsão no Código Penal. Para a sua caracterização é preciso demonstrar que houve, de forma indubitosa, uma atuação do agente de forma moderada para repelir injusta agressão atual ou iminente, em relação a direito próprio ou de terceiro.

Ao partir do pressuposto de que o modelo carcerário do Brasil é precário, esse fator facilita a falha do Poder Público quanto ao monopólio da força, que tem como regra a responsabilidade do Estado quanto à resolução dos conflitos, sendo a autodefesa apenas uma exceção.

Dessa forma, em virtude do emaranhado de relações que se estabelecem em uma unidade prisional, é possível que haja a necessidade do acautelado se socorrer do instituto da legítima defesa, situação que dificilmente seria constatada por meio da análise do procedimento administrativo disciplinar.

Além disso, não se pode retirar do indivíduo a possibilidade de se utilizar da legítima defesa como excludente de ilicitude apenas pela sua condição pessoal de apenado, já que todos os indivíduos são iguais perante a lei.

Destaca-se que durante a execução da pena o direito à integridade física e moral do acautelado ainda subsistem, os quais não são passíveis de suspensão, havendo apenas restrição de direitos de outra esfera, como da liberdade, de recreação e de visita, por exemplo.

Nesse sentido, tendo em vista que o intuito da aplicação da pena é a de também ressocializar o indivíduo, não é coerente impedir o apenado de se autodefender em uma situação de perigo apenas pelo receio de que, em todo caso, sua conduta lhe gerará prejuízos, ainda que não a tenha dado causa.

Essa situação ainda se agrava ao fato de que o juízo da execução penal não é especializado em investigar e julgar fatos típicos, mas apenas em executar penas, fiscalizar seu cumprimento, o que torna a atividade atípica de apuração do delito totalmente irregular, podendo-se falar em um verdadeiro juízo de exceção.

Outro ponto a ser destacado é que, dada a possibilidade de regressão de regime prevista na hipótese analisada neste trabalho, é possível que o apenado regrida para modalidade mais gravosa que a prevista originariamente em sua pena estipulada em sentença penal condenatória.



Com isso, diante da possibilidade de a decisão administrativa sobre a falta grave ser alterada posteriormente em virtude do resultado do processo criminal que também apurará o fato em sede judicial, é possível que o apenado seja transferido para regime mais gravoso sem que isso tenha sido previsto na própria sentença penal condenatória, o que viola o princípio da individualização das penas.

O princípio da individualização das penas está presente em três momentos: na fase legislativa, judiciária e executória. Na fase legislativa, compete ao legislador estabelecer pena mínima e máxima para cada dispositivo penal, em atenção à adequação da pena ao fato delituoso, em respeito ao princípio da proporcionalidade. Na fase judicial, a individualização da pena ocorre no momento da elaboração da sentença, oportunidade em que é definido o quantum penal a ser atribuído ao indivíduo, além do regime de cumprimento de pena, que de acordo com o princípio da legalidade, deve respeitar os limites da tipicidade do fato e do quantum da pena. Por fim, na fase executória é determinado o programa de classificação dos condenados, de forma que cada um receba a forma de execução adequada de acordo com as suas condições pessoais.

Dessa maneira, em respeito ao princípio da individualização das penas, o juiz, no momento da prolação da sentença, adequa a sanção ao fato praticado pelo indivíduo, levando em conta, principalmente na fixação da pena, dentre outros aspectos, a conduta social e a personalidade do agente.

Esse fator ainda se agrava a partir do momento em que se identifica que as consequências trazidas pela regressão não antes prevista em sentença ao acautelado ocorre em um ambiente totalmente prejudicial ao indivíduo, como já identificado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento realizado pelo Ministro Marco Aurélio Mello.

O julgamento se deu sobre a medida cautelar na ADPF nº 347⁸, em setembro de 2015, momento em que utilizou-se a técnica de Declaração de Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito do sistema carcerário em relação a jurisdição constitucional brasileira. No julgamento cautelar, visto que o mérito ainda não foi apreciado, constatou-se que o sistema carcerário brasileiro é um grande violador dos direitos fundamentais dos presos, motivo pelo qual, um dos pedidos da ação consta como:

[...] d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão [...];
e) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 11 set. 2019.

condicional e a suspensão condicional da pena [...]; f) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal e g) ao Conselho Nacional de Justiça – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f” [...].

Nesse contexto, quando ocorre a regressão de regime no juízo da execução penal de forma precária, sem observância as particularidades mencionadas ao longo do trabalho, há ofensa ao princípio da individualização das penas, pois será possível que o agente, inicialmente condenado ao regime semiaberto, por exemplo, seja transferido para o regime fechado, o qual tem maior restrição da liberdade previsto no Código Penal.

Em decorrência disso, se houver posterior descaracterização da falta grave na esfera judicial, a regressão terá ocorrido de forma desnecessária, e o tempo em que o acautelado passou no regime mais gravoso causará consequências irremediáveis, que afrontam o princípio ressocializador da pena.

Ademais, destaca-se que essa situação ainda se agrava quando se está diante da possibilidade de regressão cautelar de regime de cumprimento de pena, permitida no ordenamento jurídico brasileiro, e ocorre na hipótese em que, diante do cometimento de falta grave, o apenado tão logo regride de regime, sem a oitiva do condenado. Com isso, o indivíduo pode regredir de regime antes mesmo da realização da audiência de justificação, a qual, atualmente, só é exigida quando da regressão definitiva. O STJ, nos termos do voto da Ministra Maria Thereza De Assis Moura, no julgamento paradigmático do HC 325.262/SP⁹, entendeu da seguinte forma:

[...] Nos termos da jurisprudência desta Corte, é desnecessária nova oitiva do sentenciado em juízo antes da homologação da falta grave se ele teve a oportunidade de se manifestar no âmbito do procedimento administrativo instaurado para apurar a infração disciplinar, acompanhado da defesa técnica. Precedentes. 3. A caracterização da falta grave justifica a regressão de regime prisional, a interrupção do lapso temporal para obtenção de benefícios, exceto para o livramento condicional, o indulto e a comutação de pena, bem como a perda dos dias remidos [...].

De acordo com esse entendimento, basta que o procedimento administrativo disciplinar assegure o contraditório e a ampla defesa para que se torne desnecessária a nova oitiva do apenado após a notícia do cometimento de novo crime. Contudo, ainda assim pode-

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 325.262/SP*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/642389049/habeas-corpus-hc-462719-rs-2018-0196974-8/relatorio-e-voto-642389090>>. Acesso em: 20 set. 2019.



se entender que a não realização da audiência de justificação, mesmo que o PAD tenha se realizado de maneira regular, fere direitos constitucionais do apenado.

Isso porque, a restrição da liberdade do indivíduo vai ser determinada por órgão que não é jurisdicional, podendo o apenado ser enviado para o regime de restrição máxima de liberdade, como o regime fechado, sem que a questão tenha sido remetida ao próprio juízo da execução, que é o juiz natural, e o apto para reconhecer a falta grave e para determinar a aplicação das consequências legais decorrentes desse fato.

Dessa forma, verifica-se que a dispensa de procedimentos garantidores de direitos, como os que asseguram a ampla defesa e o contraditório, são justificados pela ineficácia do Estado em promover a persecução penal em tempo hábil, o que faz com que o poder de punir do Estado esteja sobreposto ao direito de defesa do indivíduo em situação de cárcere.

Ressalta-se que o STF reconheceu, no Recurso Extraordinário (RE) 776823¹⁰, cujo tema identifica-se pelo de n. 758, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a repercussão geral do tema ora em debate, situação em que será discutida a necessidade ou não de condenação com trânsito em julgado para considerar como falta grave o cometimento de novo crime durante a execução da pena, cuja ementa se destaca em virtude dos pontos relevantes relacionados à matéria:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANIFESTAÇÃO SOBRE REPERCUSSÃO GERAL. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. ART. 52 DA LEP. FALTA GRAVE. NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO POR CRIME DOLOSO PARA CARACTERIZAÇÃO DA FALTA GRAVE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. RELEVÂNCIA JURÍDICOSOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA NOS AUTOS. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Desse modo, como cabe ao STF proferir o julgamento final sobre o assunto, e como a este Tribunal compete a guarda da Constituição Federal, outro entendimento não pode ser proferido senão o que garante o afastamento da aplicação literal da hipótese de regressão de regime por cometimento de novo crime antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória respectiva.

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 776823/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6751916>>. Acesso em: 10 out. 2019.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se debruçou sobre a importante discussão acerca da análise da constitucionalidade da regressão de regime por cometimento de novo crime antes da sentença penal condenatória relacionada a essa nova infração penal. Como visto, a controvérsia central se pautou no estudo da compatibilidade ou não do diploma que rege as execuções penais, em específico, a norma aplicada a essa hipótese, com a Constituição Federal, já que esta é posterior a aquela.

Em regra, quando a autoridade administrativa atuante no sistema carcerário tem a notícia do possível cometimento de novo crime pelo apenado, a informação é repassada ao juiz da execução penal responsável para que ele aplique o art. 118, I, da Lei de Execução Penal.

A partir daí, não são assegurados ao indivíduo em situação de cárcere o direito ao contraditório e a ampla defesa, direitos previstos constitucionalmente, já que desde logo pode o juiz regredir, de maneira cautelar, o apenado, situação que agrava demasiadamente sua atual forma de cumprimento de pena.

Durante as reflexões trazidas neste trabalho foi possível concluir que, na hipótese do art. 118, I, da LEP, é necessário que o aplicador da lei faça uma interpretação conforme a Constituição, de forma que seja possível adequar a previsão legislativa com as garantias constitucionais, que devem ser asseguradas a todos os indivíduos, independentemente de sua condição pessoal, o que inclui aqueles que estão em situação de cárcere.

Diante desse panorama, destaca-se a importância da análise da norma em questão, visto que o *jus puniendi* é um direito exclusivamente atribuído ao Estado, que deve ser exercido diante da aplicação de todas as formalidades inerentes a ele. O *jus puniendi*, então, possui relação estreita com os princípios constitucionais, que permitem a correta aplicação da pena ao indivíduo, que não pode ser prejudicado exclusivamente pela sua condição pessoal.

Dessa forma, por saber que a Constituição Federal se encontra no topo do sistema jurídico, não é possível admitir que haja dispositivos de lei incompatíveis com o Texto Maior, principalmente no que se refere a um dos princípios mais importantes atribuídos aos indivíduos, que é o princípio da presunção de inocência.

Em razão disso, é evidente o perigo que se instala sobre o possível processo de flexibilização na proteção a esse direito, e também quanto aos outros tratados neste trabalho, que como analisado, ao serem inicialmente flexibilizados em relação aos indivíduos em situação de cárcere, inevitavelmente esse panorama poderá se refletir sobre as outras esferas



jurídicas da população, trazendo insegurança jurídica e incertezas sobre a aplicação do direito em si.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte geral*. 11 ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 325.262/SP*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/642389049/habeas-corporus-hc-462719-rs-2018-0196974-8/relatorio-e-voto-642389090>> Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/642389049/habeas-corporus-hc-462719-rs-2018-0196974-8/relatorio-e-voto-642389090>>. Acesso em: 11 set. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra. Editora Coimbra, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 18 ed. v.1. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

FURTO DE ENERGIA OU ESTELIONATO: A NECESSIDADE DE OBSERVAR O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA NO CASO CONCRETO FRENTE ÀS DIVERSAS MODALIDADES DE FRAUDES COTIDIANAMENTE CONSTATADAS

Clara Duarte Silvestre Cavalcanti Lima

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

Resumo – O artigo 155, §3º, do Código Penal equipara energia à coisa móvel e, a partir de então, possibilita que essa seja objeto de crimes patrimoniais. O presente trabalho aponta que não há posicionamento pacífico no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quanto à caracterização de fraudes de energias, muitas vezes identicamente realizadas, como furto de energia, seja em modalidade simples ou qualificada, e estelionato. Tal situação, além da insegurança jurídica inerente, fere a isonomia, pois a tipificação distinta tem consequências processuais e penais, muitas vezes acarretando a um réu tratamento mais gravoso do que a outro em mesma circunstância. Analisar-se-á de forma extensa cada uma das fraudes ao fornecimento de energia elétrica mais constatadas na cidade do Rio de Janeiro de modo a comprovar que somente debruçando-se sobre o caso concreto é possível respeitar os princípios constitucionais já citados e ao Princípio da Adequação Típica.

Palavras-chave – Direito Penal. Furto de Energia. Estelionato. Insegurança Jurídica. Crimes Patrimoniais. Princípio da Adequação Típica.

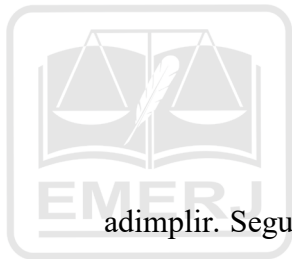
Sumário – Introdução. 1. A diferenciação dos tipos penais de furto de e de estelionato e suas consequências para o Processo Penal e para o autor. 2. Análise crítica de julgados a respeito do tema, a luz do Princípio da Segurança Jurídica. 3. Análise das diversas modalidades de fraude e aplicação do Princípio da Adequação Típica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica enfoca na análise das formas mais frequentemente constatadas de fraude no consumo de energia elétrica sob o prisma penal visando, ao averiguar as posições jurisprudenciais e doutrinárias existentes, dirimir as dissonâncias que existem na tipificação de tais atos pelo Poder Judiciário.

A energia elétrica foi descoberta na Grécia antiga e, desde então, tem profunda relevância para o cotidiano dos seres humanos. Na atualidade, a diversidade de equipamentos eletrônicos diariamente utilizados pelos indivíduos faz com que a existência sem o consumo de energia elétrica seja quase impossível àquele inserido na sociedade moderna.

Todavia, o alto custo dessa despesa recorrente associado a momentos de crise econômica faz com que pessoas físicas, muitas vezes sem qualquer contato pretérito com a criminalidade, e jurídicas realizem fraudes objetivando pagar tarifas menores ou não as



adimplir. Segundo dados da Concessionária de Energia Light S.A., em sua área de concessão no Rio de Janeiro, mais de 6 (seis) mil GW/h são desviados anualmente, o que equivaleria ao consumo anual de todo o estado do Espírito Santo. Ainda, o impacto econômico de tal prática não se restringe somente àquele que a realiza e à empresa, mas é propagado para toda sociedade, uma vez que, segundo a Concessionária de Energia Light S.A, a conta de energia poderia ser 17% mais barata caso os custos da energia fraudada e da manutenção de estruturas danificadas pela fraude não fossem repassados ao consumidor regularizado.

Assim, nítida a situação endêmica de fraudes no consumo de energia elétrica e considerando que as concessionárias de serviço público investem cada vez mais no combate a essa prática, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem enfrentado com frequência ações penais que tenham esse objeto. Ocorre que, conforme se pode constatar pela análise da jurisprudência deste E. Tribunal, não há uma padronização na tipificação atribuída quando a fraude ocorre no medidor de energia elétrica, enquadrando-se a conduta, ora no tipo de furto de energia qualificado, ora no crime de estelionato.

As diferentes tipificações realizadas pelo Ministério Público, e acolhidas pelos julgadores, em situações fáticas idênticas causam relevante insegurança jurídica aos jurisdicionados.

Inicia-se o primeiro capítulo deste trabalho apresentando os tipos penais de furto de energia, nas modalidades simples e qualificada, e de estelionato bem como as consequências que o enquadramento de uma prática criminosa nos referidos tipos penais gera não somente para os direitos e garantias do réu, mas também para a condução do processo penal como um todo.

No segundo capítulo, analisa-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a fim de demonstrar que não há tipificação padronizada para as práticas delituosas que se apresentam perante o judiciário, imperando, assim, a insegurança jurídica.

Por fim, no terceiro capítulo examinam-se as fraudes ao regular consumo de energia mais frequentemente constatadas e enquadra-se as mesmas no tipo penal mais oportuno, demonstrando a necessidade de, no momento da subsunção do fato à norma, o operador do direito observar as peculiaridades da fraude constatada pelo laudo pericial em consonância com o Princípio da Adequação Típica.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora crê ter identificado um problema jurídico-social e, ao longo de seu trabalho, construirá proposições hipotéticas, as quais testará para análise de sua viabilidade e adequação argumentativa, a fim de solucioná-lo.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, uma vez que a pesquisadora analisará o caráter subjetivo do objeto analisado, bem como dialogará com diversas fontes de pesquisa para legitimar sua tese.

1. A DIFERENCIAÇÃO DOS TIPOS PENAIS DE FURTO DE ENERGIA E DE ESTELIONATO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O PROCESSO PENAL E PARA O AUTOR

A energia é considerada patrimônio, logo objeto de crimes patrimoniais quando possa ser disposta pelos indivíduos e é economicamente apreciável. No caso da energia elétrica, o valor econômico a ela atribuído é sentido todos os meses por milhões de consumidores brasileiros. Uma vez que essa é comercializada e constatou-se que o bem, entre o produtor e o consumidor final, é muitas vezes desviado, o legislador, no artigo 155, §3º do Código Penal¹ optou por deixar nítida a equiparação da energia elétrica aos demais bens móveis e criminalizar sua subtração.

Destaca-se, assim, que não foi criado tipo específico para o desvio de energia elétrica, mas a lei deixou nítida a sua condição como patrimônio. Como consequência, em tese, todos os tipos penais previstos no título II do Código Penal, Decreto-lei nº 2.848 de 1940², poderiam ser constatados. Pelas características do objeto energia e do modo como esse é distribuído no Brasil, contudo, essas possibilidades são reduzidas a dois principais tipos penais: o furto, em modalidade simples ou qualificada, e o estelionato.

Ao analisar o crime de furto, Bitencourt³ demonstra que esse ocorre quando o agente criminoso apodera-se de bem alheio e passa a dispor do mesmo ou o entrega a terceiro. Para sua configuração é fundamental constatar-se o ânimo do sujeito de assenhorar-se de bem que não lhe pertence. Não havendo qualquer condição especial, aplica-se o artigo 155 do Código Penal⁴.

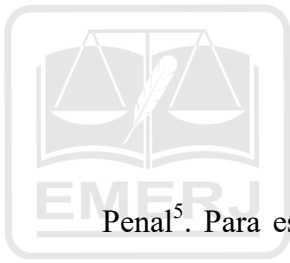
Diante das inúmeras formas como essa atividade criminosa é realizada no Brasil, a legislação prevê diversas modalidades para o tipo penal previsto no artigo 155 do Código

¹BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

² Ibid.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal 3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 32-34.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.



Penal⁵. Para essas, uma vez que as considera mais graves que a forma simples, a lei prevê pena maior quando haja (i) destruição ou rompimento de obstáculo no momento da subtração da coisa, (ii) abuso de confiança, fraude, escalada ou destreza; (iii) emprego de chave falsa; (iv) concurso de duas ou mais pessoas.

Cabe analisar em especial o tipo de furto qualificado pela fraude, muitas vezes aplicado aos casos em que há subtração de energia.

Segundo Guilherme Nucci⁶, a fraude é o uso de "manobra enganosa destinada a iludir alguém, configurando, também, uma forma de ludibriar a confiança que se estabelece naturalmente nas relações humanas". Assim, quando o agente elabora uma artimanha, um artifício, capaz de criar uma falsa sensação de confiança na vítima e, aproveitando-se da falta de vigilância dela, subtrai bem dessa, configura-se o crime de furto mediante fraude previsto no artigo 155, §4º, II do Código Penal⁷.

O estelionato é crime patrimonial envolvendo fraude previsto no artigo 171 do Código Penal⁸. Para a configuração desse tipo, o agente deve intencionalmente persuadir ou manter a vítima em situação de engano para obter benefício ou lucro indevido.

É nítido que os conceitos de estelionato e de furto mediante fraude são extremamente próximos. Ambos envolvem a criação da falsa sensação de confiança na vítima diminuindo a possibilidade de resistência dessa. Guilherme Nucci⁹ diz que, a diferença entre os tipos penais reside no comportamento da vítima da fraude. O autor defende que, no estelionato, a vítima age ativamente, já que entrega o bem ao autor acreditando que esse é o comportamento que lhe trará mais benefício. Já no furto mediante fraude, o ofendido não oferece o bem ao autor, mas o agente ativo o subtrai aproveitando-se da situação de distração criada pela fraude.

Diante do exposto, sendo os tipos penais tão parecidos, nítida é a importância de observar as particularidades do caso concreto e da fraude realizada a fim de tipificar o ato criminoso. Jargões comumente ouvidos quando da análise das situações de fraude de energia como, por exemplo, que "após o medidor, todo ato é estelionato" se mostram extremamente ineficazes e inverossímeis quando percebemos que a diferenciação entre os tipos está em detalhes.

A determinação de um ato como furto simples, furto qualificado ou estelionato não é mero debate acadêmico. A primeira influência constatável é o tempo de pena cominado pela

⁵ Ibid.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 17. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 565.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸ Ibid.

⁹ NUCCI, op. cit., nota 5.

lei para cada um dos tipos citados: ao furto simples, de um a quatro anos de reclusão (artigo 155, caput, do Código Penal¹⁰); ao furto qualificado, de dois a oito anos de reclusão (artigo 155, §4º, do Código Penal¹¹); ao estelionato, de um a cinco anos de reclusão (artigo 171, do Código Penal¹²).

Além da óbvia implicação no tempo de pena a ser cumprido pelo réu no caso de eventual condenação, a distinção das penas mínimas e máxima é capaz de influenciar nos direitos e benefícios que gozará o autor e o Estado, em especial na possibilidade de arbitramento de fiança em sede policial, no período para configuração da prescrição penal, e na possibilidade de oferecimento de suspensão condicional do processo.

A fiança¹³ é a “medida cautelar alternativa “para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial””. Nos casos de prisão em flagrante, o artigo 322 do Código de Processo Penal¹⁴ permite ao delegado de polícia arbitrar, ainda em sede policial, fiança para os casos em que a pena da infração penal não seja superior a quatro anos. Assim, considerando as penas determinadas pelo Código Penal, a fiança é possível nos casos de furto simples, mas não será concedida nos casos de furto qualificado ou estelionato.

No âmbito do direito penal, a prescrição é a perda do direito de punir do Estado por esse não o ter feito no lapso temporal determinado pela lei. A pena cominada para o tipo penal influencia diretamente no prazo para manejo da ação penal. Nos casos de furto simples, o Estado tem apenas oito anos para buscar a condenação criminal (artigo 109, IV do Código Penal¹⁵), enquanto para os casos de furto qualificado e de estelionato o prazo será de doze anos (artigo 109, III, do Código Penal¹⁶).

Por fim, o instituto jurídico previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/90¹⁷ que permite a suspensão do processo judicial pelo período de até dois anos extinguindo o feito, sem configuração de antecedente criminal, quando o réu cumprir o as condições do §1º do referido dispositivo legal¹⁸, não é aplicável ao furto qualificado. Isso porque a lei determina que o benefício só possa ser oferecido quando a pena mínima cominada é igual ou inferior a um

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ BRITO, Alexis Couto de. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 268

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de set de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

¹⁸ Ibid.



ano, o que ocorre nos casos do furto simples e no estelionato, mas não no furto qualificado cuja pena mínima é de dois anos.

Ante o exposto, constata-se que existe relevância jurídica para o processo penal e para o réu da ação na tipificação de uma prática delituosa como furto de energia simples, furto de energia qualificado ou estelionato.

2. ANÁLISE CRÍTICA DE JULGADOS A RESPEITO DO TEMA, A LUZ DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O sistema democrático pressupõe a igualdade entre os indivíduos, em especial o tratamento igualitário desses pelo Poder Público. O Poder Judiciário não escapa a essa regra, sendo o Princípio da Segurança Jurídica fundamental para garantir a isonomia. Segundo José Afonso da Silva¹⁹

[...] a segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída [...].

Nesse sentido, o referido princípio implica que aqueles que buscam a jurisdição já devem saber de modo antecipado a consequências de seus atos e a resposta que será dada pelo juiz à demanda.

Ocorre que, como já exposto, os atos de desvio de energia são de difícil adequação típica e a semelhança dos tipos penais dos crimes patrimoniais faz com que os Tribunais pátrios dificilmente discutam a essência do ato e a sua tipificação, mas apenas aceitem a determinada pelo Ministério Público na denúncia. Ainda, quando o fazem, não há discurso uníssono, ao contrário do que, por vezes, suas decisões afirmam.

Grande parte da jurisprudência entende que, quando a adulteração ocorra no medidor, configura-se hipótese de estelionato, haja vista que o consumo é registrado a menor e a Concessionária estaria fornecendo, de modo livre, energia ao consumidor-fraudador. Em

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 133.

acórdão proferido pela 7ª Câmara Criminal, o Eminentíssimo Desembargador Relator Dr. Joaquim Domingos de Almeida Neto²⁰ afirma que:

[...] verifica-se que a conduta da acusada esteve o tempo todo voltada para obter vantagem ilícita, mediante a utilização de meio fraudulento, com a adulteração do relógio medido de energia elétrica, para fins de registrar consumo menor do que aquele efetivamente consumido, causando prejuízo, assim, à empresa fornecedora de energia elétrica, configurando o crime previsto no artigo 171, caput, do Código Penal. [sic] [...]

Todavia, ao contrário do que se afirmou acima, tal distinção não se mostra tão nítida e pacífica. Em rápida pesquisa observa-se que o órgão julgador composto pelo desembargador, 7ª Câmara Criminal, menos de três meses depois, proferiu decisão em que expressamente decidiu pela não aplicação do tipo de estelionato em fraude na qual parte mecânica do medidor foi parcialmente suprimida impedindo o registro integral do consumo e gerando cobrança a menor.

De fato, o mesmo elemento utilizado anteriormente para justificar a tipificação como estelionato, qual seja o fato de que a Concessionária de Energia Elétrica seguia fornecendo energia para o cliente sem conhecimento da farsa, foi considerado pelo julgador como indicação de que ardil foi empregado pelo fraudador, ludibriando a vítima. Assim justificou a julgadora²¹ a classificação do fato como furto de energia qualificado pela fraude:

[...] Na mesma linha, verifica-se que a fraude encontra-se devidamente comprovada. Conforme consignado pelo laudo pericial, houve alteração do aparelho registrador instalado no relógio medidor, cuja parte mecânica foi parcialmente suprimida de forma a registrar um menor consumo de energia elétrica. Por fim, a tentativa de desclassificação da conduta para o delito de estelionato não se sustenta, vez que os acusados subtraíram a coisa com discordância expressa ou presumida da vítima, sendo a fraude um meio ardil utilizado para ludibriar a fiscalização ou medição, dando ao ato falsa aparência de legalidade. [...]

Ainda, ao contrário do que se poderia supor, a divergência não se mostra presente apenas nos casos em que o desvio ocorre na medição. Ainda quando o caso trata do denominado "gato de energia", ou seja, há ligação direta entre a rede da concessionária de

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0062459-65.2013.8.19.0038*. Relator Desembargador Joaquim Domingos de Almeida Neto. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004043A82D287E902B89BF76BCF60AFDE54C50716512808&USER=>>>. Acesso em: 2 set. 2019.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0154555-50.2012.8.19.0001*. Relatora Desembargadora Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004628452E18CDE23D1DFD9BB32F4C5CD22C50650451C1B&USER=>>>. Acesso em: 2 set. 2019.



serviço pública sem passagem pela medição, distintas adequações típicas podem ser encontradas em busca jurisprudencial.

Em julgado recente, o Ilustre Desembargador Relator²², ao reformar a sentença absolutória proferida pelo primeiro grau de jurisdição, determinou em situação em que o ramal de entrada de energia foi retirado do medidor e ligado diretamente à rede de energia, que o tipo penal adequado seria o de furto de energia simples.

Todavia, em acórdão proferido pela mesma Câmara, qual seja a 4ª Câmara Criminal, em caso concreto no qual, segundo laudo da perícia, havia ligação irregular, em três fases (A, B e C), entre o fio da rede de alta tensão da Concessionária Light e o mercado sem passar pelo medidor de energia elétrica, decidiu-se pela aplicação do furto de energia na modalidade qualificada por fraude. Neste caso, o Egrégio Relator²³ afirma a fim de caracterizar a qualificadora:

Ademais, totalmente inviável a tese de desconhecimento da ligação clandestina, eis que os funcionários da concessionária de energia elétrica constataram que o relógio do supermercado estava desligado, enquanto que no interior do local tinha energia elétrica, mostrando-se inequívoco o *animus furandi*.

Destaca-se que tamanha é a divergência jurisprudencial encontrada, que o mesmo julgador, em decorrência da não apelação por uma das partes, acaba por decidir de modo distinto em situações semelhantes, visto as inúmeras posições encontradas nos juízos de primeira instância. No ano seguinte, em apelação criminal²⁴ na qual o desvio de energia ocorreu por ligação direta de uma das fases entre a rede de baixa tensão e a residência do réu de maneira que não era realizado o registro dessa fase e o valor era cobrado a menor, mesma situação narrada no último julgado citado, a tipificação final foi pelo furto de energia simples, ainda que o julgador fosse o mesmo.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0000191-24.2014.8.19.0075*. Relator Desembargador Antônio Eduardo F. Duarte. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004AC17BDCFC880A51C40500319D8210A70C5095701173C&USER=>>>. Acesso em: 2 set. 2019.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0150568-06.2012.8.19.0001*. Relator Desembargador Francisco José de Asevedo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FCA718432DDF8729F8ABB58D113A4EEAC50722394F3F&USER=>>>. Acesso em: 2 set. 2019.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0012550-42.2012.8.19.0021*. Relator Desembargador Francisco José de Asevedo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004EF73141373D16CAD6E7887D24898B392C50A1835641F&USER=>>>. Acesso em: 2 set. 2019.

Ante o exposto, observa-se que o mesmo fato obtém tipificações distintas segundo o julgador. Ainda, por vezes, como exposto, o mesmo julgador é capaz de atribuir capitulações criminais distintas a fatos exatamente idênticos gerando profunda insegurança jurídica.

A legislação brasileira prevê diversos instrumentos para uniformização de jurisprudências. Expressamente, o artigo 926, do Código de Processo Civil²⁵ determina que os Tribunais devam buscar mecanismos para garantir a uniformidade e coerência de suas decisões. Para tal, mecanismos como a elaboração de súmulas, os recursos especial e extraordinário repetitivos (artigos 1.039 e 1.040, do Código de Processo Civil²⁶), dentre outros, devem ser observados por todos os julgadores nos termos do artigo 927, do Código de Processo Civil²⁷. Os aqui enumerados são aplicáveis às questões de ordem penal e é de se esperar que essa tendência seja mais presente no novo Código de Processo Penal, atualmente em trâmite nas Casas Legislativas²⁸.

Contudo, nenhuma inovação legal será suficiente se não houver uma análise minuciosa e profunda das formas atualmente realizadas de desvio de energia e a determinação de uma adequação típica que considere as peculiaridades do caso concreto. Somente com tal exercício, poder-se-á chegar a uma decisão que será não somente adequada juridicamente, mas observará os aspectos técnico-científicos do fato.

3. ANÁLISE DAS DIVERSAS MODALIDADES DE FRAUDE E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA

O princípio da adequação típica determina, nas palavras de Luiz Flávio Gomes²⁹, que o processo penal deve buscar “a perfeita incidência de uma conduta humana no tipo penal, ou seja, no fato descrito na lei penal”.

A fim de efetivar o referido princípio, urge um melhor entendimento dos Tribunais sobre cada tipo de fraude no consumo de energia garantindo que o tipo penal se enquadre perfeitamente ao caso concreto.

²⁵ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Um projeto de Código de Processo Penal tramita nas casas legislativas desde 2010 sob a alcunha de Projeto de Lei nº 8045 de 2010. Atualmente, desde 03 de outubro de 2019, o projeto se encontra em análise pela Comissão Especial para esse fim elaborada.

²⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Tipicidade e adequação típica*. Disponível em: < <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121917611/tipicidade-e-adequacao-tipica>>. Acesso em: 15 set. 2019.

Passa-se, então, considerando as bases doutrinárias e jurisprudenciais estabelecidas nos capítulos anteriores, a analisar as fraudes mais comumente encontradas. Inicia-se pelas que ocorrem fora da medição, ou seja, sem que o medidor de energia tenha sido alterado ou danificado a fim de registrar consumo a menor.

O modo de realizar subtração de energia mais comumente conhecido da população em geral e cotidianamente nominado³⁰ como “gato” ocorre quando há ligação direta e visível entre a rede da Concessionária e o imóvel do consumidor. Neste caso, a subtração de energia, tecnicamente chamada de desvio no geral de entrada³¹, deveria ser caracterizada como furto de energia em sua modalidade simples (artigo 155, §3º, do Código Penal³²). Isso porque o consumidor apodera-se do bem alheio, no caso energia, e dispõe do mesmo como se seu fosse sem qualquer participação da fornecedora de energia. Não há que se falar, com exceção da configuração de eventual concurso de pessoas, na aplicação de qualquer qualificadora, vez que não há intenção de fraude, emprego de chave falsa ou rompimento de obstáculo.

Destaca-se, contudo, que, comumente, a subtração acima pode ser realizada com emprego de chave magnética. Pode-se definir a chave magnética³³ como mecanismo capaz de, quando armado, permitir que a corrente de energia não passe pela medição e seja consumida sem conhecimento da Concessionária. Quando desligada, a corrente segue o caminho regular e o consumo é contabilizado pela empresa. Este tipo de furto também seria classificado como furto simples (artigo 155, §3º, do Código Penal³⁴), uma vez que, no momento que a chave está desligada o furto não subsiste, não sendo razoável ou proporcional considerar os momentos em que não há subtração como um ardil para enganar a Concessionária.

Ainda, há a denominada ligação direta do neutro³⁵, sendo essa a subtração que ocorre quando o fio neutro³⁶, que é normalmente ligado ao medidor, é alterado. Nesse caso, apesar do fluxo de corrente elétrica passar pelo interior do medidor, o consumo da corrente não é

³⁰ ASSUNÇÃO, Gilberto. *Gato de energia é crime? Saiba a diferença entre crime de furto e estelionato de energia elétrica*. Disponível em < <https://gilbertoassuncao.jusbrasil.com.br/artigos/486949330/gato-de-energia-eletrica-e-crime>>. Acesso em: 15 out. 2019.

³¹ OLIVEIRA, Punaro Bley Adão de. *Fraudes mais comuns na medição de energia elétrica*. Disponível em < <https://sites.google.com/site/punarobley/fraudes-mais-comuns-na-medicao-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 15 out 2019.

³² BRASIL, op. cit., nota 1.

³³ FECHA-CURTO. *Chave magnética ou contador magnético*. Disponível em < <https://fecha-curto.webnode.pt/news/chave-magnetica-ou-contador-magnetico/>>. Acesso em: 15 out 2019.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁵ OLIVEIRA, op. cit., nota 30.

³⁶ O fio neutro, normalmente usado de modo aterrado pelas empresas de energia, tem como objetivo equilibrar a instalação elétrica, evitando picos de energia, pois é a base de um circuito elétrico. Ainda, quando ele pode ser usado para permitir a circulação de corrente elétrica. No caso em tela, sem a contabilização pela companhia de energia. (ELÉTRICA, Mundo da. *Neutro, de onde surge? Para que serve?* Disponível em <<https://www.mundodaeletrica.com.br/neutro-de-onde-surge-para-que-serve/>>. Acesso em: 1 out. 2019).

registrado, pois o neutro, que é fundamental para o regular funcionamento do aparelho, não está ligado a esse. A alteração ocorre antes que a energia passe pelo medidor e dever-se-ia entender o caso como furto de energia simples (artigo 155, §3º, do Código Penal³⁷), haja vista que tal ato é realizado à revelia de qualquer atuação ou conhecimento da Concessionária.

Outra forma de consumo sem alteração do medidor é a ligação invertida no borne³⁸³⁹. Neste caso, a burla faz com que o mecanismo de registro de consumo, o medidor de energia, funcione invertido, ou seja, o fio de entrada da energia é ligado ao imóvel, enquanto o fio de saída é conectado diretamente à rede elétrica. Assim, se a energia consumida em um determinado período de tempo for de ‘x’, o medidor registrará ‘-x’, impedindo a cobrança pela empresa de energia. Constatar-se-ia, neste caso, a existência de furto na modalidade simples (artigo 155, §3º, do Código Penal⁴⁰), uma vez que a subtração ocorre sem que nenhum artifício adicional legalmente previsto seja realizado.

Exauridas as defraudações externas ao aparelho de medição, passa-se a analisar aquelas realizadas nos medidores com o objetivo de diminuir o consumo registrado ou, até mesmo, anula-lo totalmente.

Um dos ardis atualmente mais empregados em razão da sua fácil associação ao fortuito externo é a bobina desativada⁴¹, também conhecida no cotidiano como “bobina queimada”. Necessária é a compreensão de que cada entrada (denominadas tecnicamente de fases) de energia em um medidor, geralmente no total de três ou dois (medidores trifásicos e bifásicos, respectivamente), tem associada a si uma bobina, ou seja, um circuito registrador. No caso deste embuste, é rompido (seja por superaquecimento provocado ou, até mesmo, secção do fio), o circuito registrador de uma ou mais fases. Assim, a energia consumida na entrada cuja bobina se encontra desativada não será registrada pelo medidor.

No caso ora em questão, a vítima age ativamente, entregando a energia para ser consumida, sem o conhecimento de que há uma alteração no aparelho de medição. Não há uma situação de distração pontual propriamente dita ou uso de um instrumento fraudador criado ou colocado pelo consumidor para, aproveitando-se do descuido momentâneo, subtrair o bem da vítima. Esta é induzida constantemente ao erro e, mantida em erro, fornece a energia

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁸ OLIVEIRA, op. cit., nota 30.

³⁹ Cristiano Bertulucci Silveira define o borne como “bloco de terminais é uma tira de plástico moldada com placas de metal e parafusos ou molas onde cada ponto de conexão (terminal) possui uma placa de metal e dois parafusos paralelos que conduzem eletricidade e prendem os fios no lugar”. (SILVEIRA, Cristiano Bertulucci. *Encontre o borne ideal para o seu painel elétrico*. Disponível em: <<https://www.citisystems.com.br/borne/>>. Acesso em: 1 out 2019).

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴¹ OLIVEIRA, op. cit., nota 30.



necessária ao consumo do autor. Tratar-se-ia, logo, do tipo de estelionato (artigo 171, do Código Penal⁴²).

Outra possibilidade de modificação é a implantação de neutro artificial no medidor⁴³, ou seja, a colocação de aparelho capaz de impedir o contato entre o fio condutor de energia e o borne. Desse modo, não há registro do consumo de energia, em função da descontinuidade do neutro e do aterramento⁴⁴ ou o registro é realizado de modo parcial, haja vista a possibilidade de permitir a passagem contabilizada de energia pelo acionamento do disjuntor do aterramento.

Nessa situação, considerando que um mecanismo é adicionado ao medidor, sendo possível sua ativação ou inativação conforme decisão do cliente, o adequado seria enquadrar a prática como furto de energia mediante fraude. Isso porque há criação de uma artimanha pelo sujeito ativo capaz de distrair a vítima, ludibriar a confiança estabelecida pelo fornecedor em seu cliente, bem como fazê-lo acreditar que a prestação de serviço segue seu caminho regular, enquanto seu bem está sendo subtraído pelo uso de objeto estranho ao regular processo. Tratar-se-ia, portanto, de furto de energia qualificado pela fraude (artigo 155, §§3º e 4º, II, do Código Penal⁴⁵).

Destaca-se que o mesmo ocorre no ludíbrio chamado tecnicamente de neutro artificial no ramal de entrada⁴⁶. A distinção entre os dois ocorre não pelo mecanismo utilizado, que é o mesmo capaz de impedir o contato entre o condutor e o conector, mas pelo fato de que o neutro artificial é colocado antes do medidor, não sendo alteração neste, mas após a rede central de fornecimento pela concessionária. Assim, a tipificação atribuída deveria ser a mesma (artigo 155, §§3º e 4º, II, do Código Penal⁴⁷).

Há, ainda, a fraude que ocorre pela fixação de ponte⁴⁸, vulgo ligação, entre os bornes de entrada e saída. Nesse caso, a energia fornecida (A) é dividida em energia contabilizada (B) e em energia que não é faturada (C) pela Concessionária, sendo esta transmitida diretamente do borne para a saída que irá fornecer energia à residência. Neste caso, tratar-se-

⁴² BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴³ OLIVEIRA, op. cit., nota 30.

⁴⁴ O aterramento é o que evita que a corrente elétrica de retorno do condutor neutro volte à rede de distribuição de energia elétrica. A descontinuidade, tanto no neutro quanto no aterramento, como no caso em tela, poderia causar, além da não contabilização da quantidade de energia consumida, problemas à rede de energia em decorrência de oscilações de tensão. (ELETRICISTA, Adolpho. *Saiba a razão de aterrar o neutro da concessionária no padrão*. Disponível em <<https://www.sabereletrica.com.br/concessionaria-no-padrao/>>. Acesso em: 01 out. 2019).

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁶ OLIVEIRA, op. cit., nota 30.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁸ OLIVEIRA, op. cit., nota 30.

ia de furto de energia qualificado pela fraude (artigo 155, §§3º e 4º, II, do Código Penal⁴⁹), haja vista a colocação de mecanismo para que o fornecimento de energia não seja somente o regular e voluntariamente cedido pela concessionária, mas também realizado por outro caminho.

Por fim, destaca-se a última das mais conhecidas fraudes à medição, qual seja o travamento de disco do medidor. Esse ocorre quando há alteração mecânica pela aplicação de massa, grampo ou de qualquer outro material capaz de impedir a livre rotação do disco⁵⁰ do medidor ou pela colocação de instrumento capaz de travar totalmente o eixo do disco. Entende-se que, neste caso, configura-se furto de energia qualificado pela fraude (artigo 155, §§3º e 4º, II, do Código Penal⁵¹) diante do ardil empregado para induzir a concessionária a acreditar que há o regular fornecimento, aquele voluntariamente pretendido, enquanto o consumo ocorre de outro modo, a maior.

Destaca-se que, em todos os casos em que há acesso à estrutura interna do medidor, o agente terá que romper os lacres colocados pela Concessionária ou perfurar a caixa de medição, configurando verdadeiro rompimento de obstáculo. Como consequência, poder-se-ia aplicar a qualificadora de rompimento de obstáculos, tornando o furto, por vezes, duplamente qualificado (artigo 155, §§3º e 4º, do Código Penal⁵²).

Diante do exposto, pode-se perceber que o simples jargão “fraude na medição é estelionato, antes do medidor é furto de energia” não se mostra suficiente para solucionar a tipificação das alterações acima descritas. Por vezes, o mesmo instrumento (como o neutro artificial, por exemplo), pode ser utilizado, com o objetivo de fraudar tanto no interior do medidor, quanto entre a rede de distribuição e aquele. Não seria razoável, tampouco proporcional diante das consequências jurídicas da tipificação já anteriormente exploradas neste trabalho, que um dos atos fosse classificado como estelionato e o outro como furto de energia, seja simples ou qualificado.

Portanto, fundamental é que se observem as particularidades do caso concreto, bem como o meio pelo qual a fraude foi realizada a fim de que os ditames constitucionais e legais, tal qual o Princípio da Adequação Típica, sejam observados.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵⁰ O disco do medidor é peça interna integrante do medidor e, quando a eletricidade passa pela bobina, aquele, o disco, gira, movimentando as engrenagens e os ponteiros e, conseqüentemente, registrando o consumo. A imobilização do disco inviabiliza a contabilidade correta da energia utilizada, mas não a passagem da mesma e o decorrente fornecimento de energia. (ELÉTRICA, Mundo da. *Medidor de energia elétrica. Qual a sua aplicação?* Disponível em: <<https://www.mundodaeletrica.com.br/medidor-de-energia-eletrica-qual-a-sua-aplicacao/>>. Acesso em: 1 out. 2019).

⁵¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵² Ibid.

Este trabalho constatou a necessidade de realizar-se uma análise minuciosa das formas como as fraudes ao fornecimento de energia elétrica são realizadas como único meio constitucional e legalmente adequado à atribuição de responsabilidade penal. Isso ocorre porque qualquer outro parâmetro genérico utilizado pela jurisprudência não seria capaz de satisfazer as peculiaridades dos casos concretos e ensejaria, como demonstrado, consequências penais e processuais penais diversas às situações fáticas idênticas.

Descortinaram-se os já citados efeitos distintos para o agente ativo do crime decorrentes de cada tipificação. Além do mais óbvio, a aplicação de penas mínimas e máximas distintas, outros resultados foram constatados capazes de influir no direito à liberdade (seja do réu, pela aplicação ou não da suspensão condicional do processo judicial, seja do ainda investigado, pela aplicação ou não da fiança em sede policial) ou no direito de punir do Estado (pela determinação legal de prazos prescricionais distintos).

Na prática, a quase totalidade das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não se debruça sobre a tipificação correta ao fato em julgamento, ignorando a necessidade de observar o princípio da adequação típica. As avaliadas no presente artigo, quando o fizeram, demonstraram de modo perceptível que há divergência sobre como entendem as fraudes realizadas na medição, a título de exemplo, ora caracterizando-as como estelionato e ora como furto de energia. Este último, ainda, vezes é qualificado, outras é caracterizado em sua modalidade simples.

As inovações legais para uniformização de jurisprudência, que tendem a ser cada vez mais previstas no ordenamento brasileiro, ainda que ferramentas úteis a dirimir esse problema, não se mostram suficientes para aniquilar as injustas consequências penais, quando não acompanhadas de uma análise profunda da fraude realizada no caso concreto frente ao tipo penal aplicado.

Assim, no terceiro capítulo, passou-se a analisar as fraudes, seja na medição ou fora dela, mais comumente encontradas nas inspeções realizadas pela Concessionária Light Serviços de Eletricidade S.A., fornecedora de energia elétrica do Município do Rio de Janeiro. O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se nas definições doutrinárias para cada um dos tipos penais cuja aplicação era possível no caso em tela, bem como na descrição técnica da irregularidade.

Os entendimentos a que chegou esta pesquisadora, aprofundados no referido capítulo, consubstanciam-se na ideia de que não é possível alcançar uma condenação equânime com a simples repetição da generalidade jurídica encontrada, nas jurisprudências colacionadas, de que adulterações no relógio medidor de energia elétrica configuram estelionato, enquanto ligações clandestinas seriam necessariamente furto de energia.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a atuação de magistrados em casos de fraude ao sistema de energia elétrica não deve ser guiada pela falsa impressão de que se trata de casos simples, julgando-se os mesmos sem aprofundar-se na tipificação e acolhendo-se a escolha do Parquet na denúncia.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que não há outro caminho para alcançar uma sentença que respeite os princípios constitucionais norteadores do direito penal e processual penal que não a detida análise do caso em comento e adequação do mesmo ao tipo penal. Ainda, o julgador precisa buscar, quando não evidente no laudo pericial, ouvir testemunhas técnicas que possam embasar seu julgamento, aprofundando-se nas peculiaridades do caso.

No presente trabalho, sugestões interpretativas das fraudes, baseadas nas definições técnicas dessas e doutrinárias dos crimes patrimoniais, foram realizadas visando orientar, sempre que possível, a atuação dos magistrados, demais intérpretes e aplicadores do direito penal. Espera-se, assim, como fruto deste artigo a obtenção de uma prestação jurisdicional mais uniforme e constitucionalmente adequada.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Gilberto. *Gato de energia é crime?* Saiba a diferença entre crime de furto e estelionato de energia elétrica. Disponível em: <<https://gilbertoassuncao.jusbrasil.com.br/artigos/486949330/gato-de-energia-eletrica-e-crime>>. Acesso em: 15 out. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal 3: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.



_____. *Lei n° 9099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *Projeto de Lei n° 8045 de 2010*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 15 out. 2019.

_____. Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0000191-24.2014.8.19.0075*. Relator. Des. Antônio Eduardo F. Duarte. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004AC17BDCFC880A51C40500319D8210A70C5095701173C&USER=>>>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0048829-56.2014.8.19.0021*. Relator. Des. Marcus Henrique Pinto Basílio. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31648/furto-energia-eletrica.pdf?=13>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0012550-42.2012.8.19.0021*. Relator. Des. Francisco José de Azevedo. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004EF73141373D16CAD6E7887D24898B392C50A1835641F&USER>>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0040484-93.2012.8.19.0014*. Relator. Des. Flavio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31648/furto-energia-eletrica.pdf?=13>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0154555-50.2012.8.19.0001*. Relator. Des(a). Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31648/furto-energia-eletrica.pdf?=13>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0062459-65.2013.8.19.0038*. Relator. Des(a). Joaquim Domingos de Almeida Neto. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31648/furto-energia-eletrica.pdf?=13>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal n° 0150568-06.2012.8.19.0001*. Relator. Des. Francisco José de Azevedo. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31648/furto-energia-eletrica.pdf?=13>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

BRITO, Alexis Couto de. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ELÉTRICA, Mundo da. *Neutro, de onde surge? Para que serve?*. Disponível em: <<https://www.mundodaeletrica.com.br/neutro-de-onde-surge-para-que-serve/>>. Acesso em: 1 out. 2019.

_____. *Medidor de energia elétrica. Qual a sua aplicação?* Disponível em: <<https://www.mundodaeletrica.com.br/medidor-de-energia-eletrica-qual-a-sua-aplicacao/>>. Acesso em: 1 out. 2019.

ELETRICISTA, Adolpho. *Saiba a razão de aterrar o neutro da concessionária no padrão.* Disponível em: <<https://www.sabereletrica.com.br/concessionaria-no-padrao/>>. Acesso em: 1 out. 2019.

FECHA-CURTO. *Chave magnética ou contador magnético.* Disponível em: <<https://fecha-curto.webnode.pt/news/chave-magnetica-ou-contador-magnetico/>>. Acesso em: 15 out. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. *Tipicidade e adequação típica.* Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121917611/tipicidade-e-adequacao-tipica>>. Acesso em: 15 set. 2019.

LIGHT. *FAZER gato dá prejuízo.* Disponível em: <<http://www.riosemgatodeluz.com.br/Paginas/GatoDaPrejuizo.aspx>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *COMBATE, ao furto de energia.* Disponível em: <<http://www.riosemgatodeluz.com.br/Paginas/Combate.aspx>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

MUNDO DA ELÉTRICA. *Medidor de energia elétrica. Qual a sua aplicação?* Disponível em: <<https://www.mundodaeletrica.com.br/medidor-de-energia-eletrica-qual-a-sua-aplicacao/>>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. *Neutro, de onde surge? Para que serve?* Disponível em: <<https://www.mundodaeletrica.com.br/neutro-de-onde-surge-para-que-serve/>>. Acesso em: 30 set. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado.* 17. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

OLIVEIRA, Punaro Bley Adão de. *Fraudes mais comuns na medição de energia elétrica.* Disponível em: <<https://sites.google.com/site/punarobley/fraudes-mais-comuns-na-medicao-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 15 out. 2019.

SILVEIRA, Cristiano Bertlucci. *Encontre o borne ideal para o seu painel elétrico.* Disponível em: <<https://www.citisystems.com.br/borne/>>. Acesso em: 1 out. 2019.



TRIBUTAÇÃO VERDE: O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE E A EXTRAFISCALIDADE APLICADOS AO DIREITO TRIBUTÁRIO EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Clarisse Ribeiro Peixoto

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo – O direito fundamental de terceira geração ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado é uma previsão constitucional, cuja efetividade se impõe, independente de qualquer regulamentação. Embora sua implementação não exija lei regulamentadora, é necessário que sejam produzidas leis que incentivem a proteção ambiental, colocando-se, assim, a discussão referente à Tributação Verde. A prática em questão logra maximizar a função extrafiscal do Direito Tributário e o princípio da Sustentabilidade, através de uma tributação mais inteligente, que não vise unicamente à arrecadação, mas que também objetive inibir a predação ambiental, ao mesmo tempo em que vise incentivar práticas protetoras do Meio Ambiente.

Palavras-chave – Direito Tributário. Direito Ambiental. Princípio da Sustentabilidade. Extrafiscalidade Tributária.

Sumário – Introdução. 1. O princípio da sustentabilidade aplicado ao Direito Tributário, na perspectiva da extrafiscalidade. 2. Aplicações nacionais e internacionais da tributação verde e os resultados práticos alcançados. 3. Comentários acerca da ADI 5553: A “seletividade às avessas” no âmbito do convênio 100/97 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) no que pertine à tributação de agrotóxicos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo discutir a viabilidade e a eficiência da adoção de novas práticas concernentes à Tributação Verde. Procura-se demonstrar que certos comportamentos humanos concernentes à proteção ambiental podem ser estimulados ou rechaçados de acordo com a carga tributária aplicada. Tendo isso em vista, pode-se utilizar a tributação como forma de proteção ao Meio Ambiente.

Serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais pertinentes, bem como as legislações específicas que já aplicam práticas concernentes à Tributação Verde, tanto no âmbito nacional quanto no Direito comparado, visando à demonstração dos resultados práticos já alcançados.

Uma das grandes preocupações mundiais do Século XXI é a proteção ao Meio Ambiente. A Constituição da República, de 1988, prevê, em seu art. 225, o direito ao Meio Ambiente equilibrado como um direito difuso, a ser reconhecido a todos os cidadãos indistintamente, como corolário do direito à saúde e à dignidade da pessoa humana.

Com isso, surge a necessidade de se pensar em um modo de desenvolvimento sustentável, que procure coadunar aspectos ambientais, econômicos e sociais, de modo a equilibrar a utilização de recursos naturais, o crescimento econômico e a equidade social, garantindo um Meio Ambiente equilibrado também às futuras gerações.

Para que isso seja possível, é preciso que outros ramos do Direito também se valham de certos instrumentos. No âmbito do Direito Tributário, o conjunto de medidas destinadas a produzir efeitos positivos sobre o Meio Ambiente, através de uma maior oneração tributária a práticas nocivas e de uma menor oneração a práticas protetoras, recebe o nome de Tributação Verde.

Além da função fiscal do Direito Tributário, a qual almeja auferir receitas para arcar com os gastos públicos, a prática da Tributação Verde está em consonância com a função extrafiscal da tributação, que permite que o Poder Público incentive ou iniba comportamentos por meio de uma maior ou menor tributação.

O primeiro capítulo da presente pesquisa apresenta o Princípio da Sustentabilidade, o qual deve ser observado em diversos ramos do Direito e não apenas no Direito Ambiental, onde tradicionalmente é discutido. O ramo do Direito Tributário é propício a tal aplicação, considerando sua função extrafiscal.

No segundo capítulo, são colocadas as práticas já adotadas nesse sentido, tanto pelos entes federativos do Brasil, quanto em nível internacional. Discutem-se, ainda, possibilidades de novas aplicações práticas do Princípio da Sustentabilidade no Direito Tributário.

O terceiro capítulo tem a finalidade de verificar os resultados práticos já alcançados com a adoção de práticas relativas à Tributação Verde, bem como busca verificar as possíveis melhoras, hipoteticamente, que novas práticas de tributação diferenciada podem vir a proporcionar.

Tendo em vista que a pesquisa será desenvolvida por meio de dados existentes e proposições hipotéticas, serão adotados os métodos dedutivo e indutivo, visando a defesa de certas práticas já existentes, pela comprovação de sua efetividade, e a defesa de outras que ainda não vêm sendo adotadas. A efetividade destas poderá ser comprovada argumentativamente.



Assim, a abordagem necessária a esta pesquisa será qualitativa. Para tanto, será usada a bibliografia pertinente à temática, bem como será necessário que se faça uma análise da legislação e da jurisprudência que tocam ao tema.

1. O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE APLICADO AO DIREITO TRIBUTÁRIO, NA PERSPECTIVA DA EXTRAFISCALIDADE

A tributação, além de sua função principal, qual seja, a arrecadação de recursos para arcar com as despesas do Estado, também pode ter finalidades extrafiscais¹. A finalidade extrafiscal do tributo tem por objetivo intervir em situações sociais e econômicas, por meio de uma tributação mais elevada para inibir comportamentos, ou mais baixa visando a incentivá-los.

Ao mesmo tempo, uma das maiores preocupações ambientais da atualidade envolve o princípio da sustentabilidade, devido ao risco que o capitalismo traz ao Meio Ambiente². Com isso, surge a necessidade de se pensar em um modo de desenvolvimento sustentável, que procure coadunar aspectos ambientais, econômicos e sociais, de modo a equilibrar a utilização de recursos naturais, o crescimento econômico e a equidade social, garantindo um Meio Ambiente equilibrado também às futuras gerações.

Tendo isso em vista, surgem as práticas conhecidas genericamente como “Tributação Verde”³, destinadas a produzir efeitos positivos sobre o Meio Ambiente, através de uma maior oneração tributária a práticas nocivas e de uma menor oneração a práticas protetoras.

De acordo com o jurista alemão Peter Haberle⁴, a Sustentabilidade deve ser considerada como elemento estrutural típico do Estado Constitucional. Nesse contexto, a Constituição da República de 1988⁵ agasalha tal ideia em seu texto.

O princípio da Sustentabilidade encontra respaldo em nosso texto constitucional, em seu art. 225⁶, segundo o qual é dever do Poder Público e da coletividade a defesa e

¹ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 43.

² MACHADO, Paulo Affonso Leme. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 61 - 81.

³ CARTA CAPITAL. *A tributação verde é uma saída?* Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/vanguardas-do-conhecimento/a-tributacao-verde/>> Acesso em: 15 out. 2019.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 473-478.

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

⁶ Ibidem.

preservação do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, não apenas para as gerações presentes, mas também futuras.

No âmbito do Direito Comparado, divide-se o princípio da Sustentabilidade da seguinte forma: primeiramente, fala-se em Sustentabilidade Interestatal⁷, o que sugere que cada Nação deve pautar seu crescimento no próprio esforço de seu povo, de modo a reduzir as desigualdades e a dependência entre países ricos e pobres.

Em seguida, fala-se em Sustentabilidade Geracional, o que significa que as diferentes gerações que convivem numa mesma época devem se pautar em equidade, de modo que uns não precisem depender dos outros. Tal segmento do princípio da Sustentabilidade muito vem sendo discutido na esfera da reforma previdenciária que se tenta implementar, uma das principais pautas do presente governo.

Por fim, coloca-se a Sustentabilidade Intergeracional, que terá maior relevância no presente estudo. Trata-se de uma necessidade que se impõe na atualidade. Por meio da Sustentabilidade Intergeracional, busca-se uma equidade entre as gerações presentes e futuras quanto ao tratamento ambiental.

Isso significa que há uma percepção quanto à finitude dos recursos ambientais, o que gera uma preocupação quanto ao seu uso desenfreado na atualidade e à sua consequente extinção de todo o planeta, causando prejuízos que sequer podem ser calculados para as gerações futuras.

Considerando conjuntamente a Sustentabilidade Interestatal e a Sustentabilidade Intergeracional, surge o conceito de Desenvolvimento Sustentável, uma vez que as Nações subdesenvolvidas devem buscar se desenvolver, para que não mantenham sua dependência quanto às Nações mais desenvolvidas.

Entretanto, é imperativo que não utilizem os recursos naturais de forma irresponsável, sem considerar as consequências futuras, muitas das quais podem vir somente vir a ser sentidas pelas gerações futuras, as quais já precisam ser resguardadas por parte das gerações atuais, para que seja possível que vivam num meio ambiente adequado e propício à saúde, bem como para que tenham qualidade de vida⁸.

Muitos estudos ambientais já comprovaram a incapacidade do planeta de se manter íntegro para as próximas gerações se medidas não forem tomadas imediatamente para sua

⁷ MACHADO, op. cit., p. 66.

⁸ Ibidem.

proteção⁹. O sistema capitalista atual, ao lado do consumo desenfreado e da consequente poluição causada, caso não sejam repensados, poderão esgotar por completo os recursos ambientais do planeta.

Desta forma, torna-se impositivo que os recursos ambientais esgotáveis sejam usados de forma racional e autocontida, o que exige planejamento e economia. A tributação, considerando sua finalidade extrafiscal, muito pode contribuir para se resguardar o Meio Ambiente.

É preciso que haja um controle efetivo sobre a velocidade de consumo dos recursos renováveis, para que sua regeneração seja possível, sem gerar maiores impactos ambientais. Ao mesmo tempo, é preciso que haja um controle ainda mais rígido quanto ao uso de recursos limitados na natureza, já que eles se esgotam.

Uma das maneiras de se realizar tal controle de forma eficaz é a adoção de práticas relacionadas à Tributação Verde.

Um exemplo de como isso pode ser feito é com a redução ou até mesmo a concessão de isenções à aquisição de equipamentos e ao fornecimento de fontes de energias limpas, tais como a solar e a eólica, que ainda são subutilizadas no país, embora nossas características geoclimáticas apontem seu imenso potencial. Ao mesmo tempo, para a redução de meios de energia poluentes, seria recomendável um incremento substancial em sua carga tributária.

Tal forma diferenciada de tributação, além de se respaldar na extrafiscalidade tributária, também vai ao encontro dos princípios ambientais conhecidos como “Poluidor Pagador”¹⁰ e “Protetor Recebedor”¹¹, os quais determinam que aquele que causar prejuízos ao equilíbrio ambiental deve arcar com tais prejuízos, ao passo que aquele que logra minimizar a ocorrência de malefícios ambientais deve ser recompensado.

Além disso, como será discutido nos próximos capítulos, há uma série de outras aplicações do Direito Tributário para a preservação do Meio Ambiente, unindo a função extrafiscal tributária ao princípio ambiental da Sustentabilidade.

Portanto, ao aplicar maiores cargas tributárias a práticas humanas nocivas ao meio ambiente, o Direito Tributário é capaz de causar certos impactos financeiros aos poluidores, o que pode levá-los a repensar tais práticas, de modo a buscar práticas sustentáveis e protetoras

⁹ BRAGANÇA, Daniele. *Sobrecarga da Terra 2019: o planeta acaba de entrar em cheque especial*. Disponível em: <<https://www.oeco.org.br/blogs/salada-verde/sobrecarga-da-terra-2019-o-planeta-acaba-de-entrar-no-cheque-especial/>> Acesso em: 15 out. 2019.

¹⁰ MACHADO, op. cit., p. 85-87.

¹¹ *Ibidem*.

ao Meio Ambiente, as quais devem ser tributadas de forma mais contida. Ademais, a concessão de imunidades e isenções tributárias também deve ser uma forma de incentivo à adoção de práticas que repercutam na preservação e proteção ao Meio Ambiente.

2. APLICAÇÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS DA TRIBUTAÇÃO VERDE E OS RESULTADOS PRÁTICOS ALCANÇADOS

Diante da degradação ambiental que se avoluma a cada dia, é imprescindível uma reestruturação de toda a economia, com o objetivo primordial de estabilizar os danos ambientais e as mudanças climáticas.

Em âmbito nacional, o Estado de Santa Catarina foi pioneiro na implementação da Tributação Verde¹², adotando uma série de práticas incentivadoras ou coibidoras de comportamentos protetores ou nocivos ao meio ambiente. A nível internacional, países como a Noruega se destacam neste panorama.

Embora certas práticas tenham sido adotadas na contramão da Tributação Verde, conforme se discute na ADI 5553¹³, a taxação diferenciada de produtos perigosos ao meio ambiente, tais como o uso de agrotóxicos, é constitucional.

Isso pode ser confirmado pela redação do art. 170, inciso V, da Constituição da República¹⁴, o qual assegura a defesa do consumidor e o meio ambiente como princípios básicos da Ordem Econômica.

Tendo isso em vista, destaca-se a sempre presente e necessária ponderação entre princípios constitucionais que se parecem conflitantes. Considerando a efetividade da Constituição da República, não se pode simplesmente afastar a incidência de um dos princípios conflitante, para que se aplique o outro.

Através do processo ponderativo, busca-se uma otimização dos dois princípios envolvidos no conflito, de modo que ambos sejam respeitados.

Nesse sentido, verifica-se que o princípio da livre iniciativa não pode ser absoluto, devendo ser devidamente conformado com outros princípios da Ordem Econômica, como os

¹² BENETTI, Estela. *Santa Catarina aumenta impostos e adota tributação verde para agrotóxicos*. Disponível em: <<https://www.nsctotal.com.br/colunistas/estela-benetti/sc-aumenta-impostos-e-adota-tributacao-verde-para-agrotoxicos>>. Acesso em: 15 out. 2019.

¹³ NOTÍCIAS STF. *Partido questiona concessão de isenções tributárias a agrotóxicos*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320692>> Acesso em: 15 out. 2019.

¹⁴ BRASIL. op. cit., nota 5.

já apresentados, quais sejam, a defesa do consumidor e do meio ambiente, além da necessidade de funcionalização social da empresa.

Assim, a atividade empresária deve ser submetida à observância de uma série de obrigações, que podem ter vieses positivos ou negativos.

No que concerne à observância de obrigações negativas, é imperioso que as empresas se abstenham de adotar certos comportamentos. Ou seja, trata-se de obrigações de não fazer. Nessa esteira, as empresas, no exercício das suas atividades, deve, minimamente, se abster de causar prejuízos a terceiros e respeitar os interesses difusos e transindividuais caros à sociedade, sendo um deles o respeito ao meio ambiente, na forma do que preceitua o art. 225 da Constituição da República¹⁵.

Por outro lado, as obrigações positivas impõem a adoção de certos comportamentos na atividade empresária. Nessa concepção, é imprescindível que a empresa seja dotada de funcionalização social, não servindo apenas aos interesses capitalistas e pessoais de seus sócios e investidores.

A atividade deve buscar também trazer benefícios à coletividade, de modo a viabilizar concretizar princípios e objetivos constitucionais, tais como a justiça social, a valorização do ser humano e o respeito à sua saúde, visando, em última análise, a proteção à dignidade da pessoa humana.

Diante da livre iniciativa, que coloca a atividade econômica precipuamente nas mãos dos particulares, o Estado passa a figurar como agente normatizador e regulador da economia, na forma do que dispõe o art. 173 da Constituição da República¹⁶. Assim, cabe ao Estado fiscalizar a atividade econômica, de modo a se verificar que as empresas cumprem as determinações constitucionais, respeitando as obrigações positivas e negativas que se colocam à atividade.

Atuando como agente regulador, o Estado deveria atuar de modo a reestruturar toda a estrutura tributária, de modo a aumentar a tributação de comportamentos e atividades degradadoras do meio ambiente. Adotando-se essa prática, é possível que o valor da tributação reflita o impacto ambiental que causa.

É razoável defender, portanto, que os agrotóxicos sejam taxados de forma rigorosa e não que sejam objeto de incentivos fiscais, como vem ocorrendo no Brasil.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

Países europeus têm se utilizado das práticas de Tributação Verde para estimular a adoção da produção de energia limpa.

Com isso, a Alemanha, país pioneiro no estímulo à Tributação Verde, ao aumentar gradativamente a tributação de fontes de energias poluentes, logrou reduzir significativamente a emissão de gases prejudiciais ao meio ambiente¹⁷. Em paralelo, isso estimulou a adoção de fontes limpas de energia, principalmente a eólica, o que acabou gerando postos de trabalho nesse novo segmento.

Imbuída do mesmo raciocínio, a Suécia passou a taxar pesadamente atividades ambientalmente irresponsáveis, alcançando, da mesma forma, resultados positivos tanto na arrecadação quanto no alcance dos objetivos extrafiscais, principalmente no que concerne à proteção ao meio ambiente¹⁸.

Observando essa tendência mundial de adoção de práticas relativas à Tributação Verde, o Estado de Santa Catarina, de forma pioneira no Brasil, a partir de agosto de 2019, passou a adotar o chamado ICMS Verde¹⁹.

Trata-se de um aumento nas alíquotas do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços sobre agrotóxicos, ao mesmo tempo em que decide cortar os incentivos fiscais que vêm sendo fornecidos a tais produtos, conforme se verificou no Capítulo II do presente trabalho.

Com isso, a alíquota dos agrotóxicos, que vinham sendo isentos, passa a ser de 17% sobre os agrotóxicos.

Assim, estima-se um aumento em 142% na tributação dos produtos destinados precipuamente ao agronegócio.

Seguindo essa mesma tendência dos agrotóxicos, o Estado de Santa Catarina determinou, ainda, o aumento das alíquotas sobre uma série de outros produtos prejudiciais não apenas ao meio ambiente, mas também à saúde humana²⁰.

A medida conseguirá tornar o impacto ambiental e à saúde dos produtos prejudiciais evidente aos consumidores, ao incidir sobre o valor dos produtos.

¹⁷ VOLTOLINI, Ricardo. *Tributação verde*. Disponível em: <<https://ideiasustentavel.com.br/tributacao-verde-2/>> Acesso em: 15 out. 2019.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ BENETTI, Estela. *Santa Catarina aumenta impostos e adota tributação verde para agrotóxicos*. Disponível em: <<https://www.nsctotal.com.br/colunistas/estela-benetti/sc-aumenta-impostos-e-adota-tributacao-verde-para-agrotoxicos>>. Acesso em: 15 out. 2019.

²⁰ *Ibidem*.



Os defensores do agronegócio apontam como desvantagem à adoção de tais medidas um possível prejuízo competitivo que pode surgir sobre tais produtos. Mas não seria exatamente esse o objetivo de tais medidas?

Resta claro que prejudicar a competitividade de tais produtos é o principal objetivo do pacote adotado a título de Tributação Verde. Prejudicar essa competitividade é justamente a finalidade extrafiscal que se busca, de modo a se evitar o uso de tais mercadorias prejudiciais a valores maiores que devem ser resguardados, até mesmo por imposição constitucional.

3. COMENTÁRIOS ACERCA DA ADI 5553: A “SELETIVIDADE ÀS AVESSAS” NO ÂMBITO DO CONVÊNIO 100/97 DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA (CONFAZ) PERTINENTE À TRIBUTAÇÃO DE AGROTÓXICOS

O meio ambiente envolve o equilíbrio e a harmonia entre todos os seus componentes, sejam eles bióticos ou abióticos. Por conta disso, uma perturbação a esse equilíbrio, por menor que seja, pode causar consequências incalculáveis tanto para a humanidade quanto para o planeta como um todo.

Conforme a tecnologia avança, torna-se cada vez mais possível antever a possibilidade de ocorrência de determinadas consequências, buscando-se a todo custo a manutenção do equilíbrio da vida.

A ciência vem demonstrando, há um certo tempo e com grande grau de precisão, como os agrotóxicos e elementos químicos de maneira geral deveriam ser repelidos da alimentação dos seres humanos²¹. Alimentação esta que deveria voltar a se parecer com a de nossos antepassados, de modo a se valorizar a comida natural e orgânica.

Na contramão da ciência, o Brasil segue, não apenas permitindo, mas estimulando o uso de substâncias químicas na produção alimentícia, o que se justifica pela forte presença do que se convencionou chamar de “Bancada Ruralista” no Congresso Nacional. São os fazendeiros e latifundiários herdados de nossa colonização, que até hoje lucram com a exploração da terra.

²¹ GONZALEZ, Amelia. *O uso abusivo dos agrotóxicos e o mal que eles fazem à saúde humana*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/blog/nova-etica-social/post/o-uso-abusivo-dos-agrotoxicos-e-o-mal-que-eles-fazem-saude-humana.html>> Acesso em: 15 out. 2019.

Por força de *lobby* de tais representantes legislativos, ainda nos dias atuais, vale o Convênio 100/97 do Conselho Nacional de Política Fazendária²², o qual traz duas cláusulas absurdas de incentivo ao uso de agrotóxicos.

A primeira delas reduz em 60% a base de cálculo do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) para agrotóxicos nas saídas interestaduais.

A outra autoriza que os Estados e o Distrito Federal concedam a mesma redução nas operações internas envolvendo agrotóxicos.

Seguindo essa mesma linha absurda de entendimento, o Decreto nº 7660/11 concede isenção total de Imposto de Produtos Industrializados (IPI) aos agrotóxicos.

Diante de tamanho disparate, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 5553, acerca da compatibilidade de tais atos normativos com a ordem constitucional vigente. O julgamento desta ação de controle concentrado, contudo, ainda não ocorreu.

É flagrante que os atos normativos supracitados não encontram respaldo no Constituição da República de 1988²³, uma vez que violam uma série de seus preceitos, dentre os quais alguns direitos fundamentais, conforme suscitado nos fundamentos da ação.

Nesse sentido, o uso frequente e excessivo de componentes químicos e agrotóxicos estimula um consumo excessivo, além de violar os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na forma do art. 225 da Constituição da República²⁴.

Além disso, esses produtos são aptos a causar graves desequilíbrios ecológicos, considerando que atuam na eliminação de insetos, considerados pragas no âmbito do agronegócio, por se alimentarem das plantações, embora eles sejam partes essenciais na delicada cadeia de equilíbrio de todo o planeta.

Os agrotóxicos em questão são, ainda, responsáveis pela contaminação das plantações, as quais alimentarão parcela da população, de modo que tal contaminação é passada aos organismos dos seres humanos. Pesquisas relacionam a contaminação por agrotóxicos a variados tipos de câncer, bem como a outras enfermidades.

²² BRASIL. *Convênio ICMS 100/97*. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1997/CV100_97> Acesso em: 15 out. 2019.

²³ BRASIL. *op. cit.*, nota 5.

²⁴ *Ibidem*.

Juntamente com a contaminação, outro problema grave causado pelo uso exagerado dos agrotóxicos é a poluição, o que vem causando danos de dimensões incalculáveis, cujos reflexos ainda poderão ser sentidos por várias gerações.

Ademais, agrava-se a expansão do agronegócio, causando vários outros impactos socioambientais, sendo o mais grave deles o desmatamento.

Este, por si só, é o responsável direto por outros impactos mais drásticos, sendo possível citar como exemplo os trágicos focos de incêndio que vêm assolando e devastando a Amazônia.

Ressalta-se que o delicado bioma da Floresta Amazônica, se persistir vitimizado pelos desmatamentos perpetrados pelo agronegócio, não resistirá, tornando-se árido e inóspito como a savana.

Tal drasticidade deve ser evitada a qualquer custo, como já perceberam os cientistas de todo o mundo, já que as consequências serão globais. A complexidade, a diversidade e a continuidade da Floresta Amazônica são essenciais para a própria manutenção da vida no planeta.

Apesar dos esforços globais de proteção à Amazônia, o atual governo ainda não se atentou para a gravidade e para os riscos causados pela tão influente “Bancada Ruralista”.

Não bastasse a violação a direitos fundamentais, ao meio ambiente e à própria vida, os atos normativos objeto da ação de controle concentrado de constitucionalidade em debate ainda violam um princípio caro ao Direito Tributário, qual seja, o princípio da seletividade.

A Constituição da República de 1988 permite a seletividade no âmbito do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), mas a torna obrigatória para o Imposto de Produtos Importados (IPI), nos artigos 155, § 2º, III²⁵ e 153, § 3º, I²⁶, respectivamente.

Nos atos normativos impugnados, claramente, há o que a doutrina chama de “Seletividade às Avessas”²⁷, o que significa que o princípio da seletividade é usado de forma totalmente equivocada e prejudicial aos interesses que deveriam ser protegidos por meio da extrafiscalidade da tributação.

Adotando-se a seletividade, os valores cobrados a título de tais tributos variam conforme a essencialidade do produto tributado. Isso significa que a cobrança é menor para

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ ANDRADE, Camila. *Que se entende por princípio da seletividade?* Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/171039/que-se-entende-por-principio-da-seletividade-camila-andrade>> Acesso em: 15 out. 2019.

produtos considerados essenciais, mas aumenta na medida em que o produto é considerado mais supérfluo.

A real seletividade atende ao chamado caráter extrafiscal da tributação, o qual não tem por fim precípua a arrecadação, mas sim o estímulo e a coibição de práticas.

No caso dos agrotóxicos, é evidente que não se trata de um produto essencial que justifique a redução da tributação.

Ao contrário. Trata-se de produto cujo uso deve ser cada vez mais desestimulado, evitado. O Poder Público deveria, ainda, se valer de práticas extrafiscais para coibir o uso de tais produtos.

No âmbito das práticas conhecidas como Tributação Verde, é inadmissível que a venda de agrotóxicos e produtos químicos prejudiciais à saúde dos seres e ao meio ambiente recebam incentivos fiscais.

Portanto, diante do cenário apresentado, resta evidente que o Supremo Tribunal Federal deve julgar procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos impugnados, devendo ser rechaçado o uso de agrotóxicos na sociedade.

CONCLUSÃO

Diante da preocupação ambiental, cada vez mais latente, é necessário que sejam encontradas soluções sustentáveis em todos os âmbitos possíveis. Um meio eficaz de se estimular a preservação do Meio Ambiente e coibir práticas predatórias é ajustar a tributação, para, desta forma, tornar a arrecadação mais inteligente.

Por isso, a Tributação Verde é uma prática que se impõe rotineiramente tanto na esfera nacional quanto na esfera internacional, visando, além de uma arrecadação mais equilibrada e ponderada, o estímulo a práticas ambientais sustentáveis, além de induzir, pela via da tributação, a uma educação ambiental.

Admitir o uso desenfreado de agrotóxicos e outros produtos químicos prejudiciais ao Meio Ambiente e, não só, mas ainda estimulá-lo através de benefícios tributários, é prática inconsequente e irresponsável, que vem na contramão do desenvolvimento, colocando em risco o equilíbrio ambiental e, em última análise, até mesmo a vida humana.

Ao mesmo tempo, é inconcebível que um país que tenha tamanha exuberância e biodiversidade, abrigando parte considerável da Amazônia, cuja importância para o mundo é incalculável, seja dominado, dividido e dizimado por latifundiários e seus interesses

agrícolas, com o respaldo do Congresso Nacional e do que se convencionou chamar de sua “Bancada Ruralista”.

Torna-se imperioso, não apenas em se tratando de interesses nacionais, mas mundiais, que o Brasil coloque a preocupação ambiental no topo de sua pauta, exigindo-se uma atuação dos três Poderes, com o envolvimento ativo e participante da população em geral.

O Poder Legislativo precisa atuar na edição de leis ambientais cada vez mais protetivas e rigorosas quanto aos poluidores. Nessa mesma toada, o Poder Executivo precisa implementar mecanismos eficazes de fiscalização e penalização a quem não observar tais leis. O Poder Judiciário também precisa ser forte, para fazer valer as leis ambientais e para prontamente inadmitir entendimentos absurdos do ponto de vista ambiental, de modo a rechaçar veementemente qualquer prática predatória, inclusive a absurda “Seletividade às Avessas”.

Vale lembrar que o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito fundamental de terceira geração, que precisa ser respeitado e efetivado.

Por todo o exposto, percebe-se a importância de se colocar a questão ambiental no topo de qualquer discussão que se pretenda, embora isso não tenha acontecido com a frequência esperada.

Além disso, é imprescindível que sejam adotadas medidas cada vez mais restritivas para proteção do Meio Ambiente, pois não se pode mais conceber que os interesses de latifundiários se sobreponham a questões pertinentes à humanidade como um todo.

A Tributação Verde, portanto, é um caminho a ser considerado no que concerne à discussão relativa à proteção ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. Bahia: Juspodivm, 2017.

ANDRADE, Camila. *Que se entende por princípio da seletividade?* Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/171039/que-se-entende-por-principio-da-seletividade-camila-andrade>> Acesso em: 15 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

BENETTI, Estela. *Santa Catarina aumenta impostos e adota tributação verde para*

agrotóxicos. Disponível em: <<https://www.nsctotal.com.br/colunistas/estela-benetti/segmento-a-impostos-e-adota-tributacao-verde-para-agrotoxicos>>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRAGANÇA, Daniele. *Sobrecarga da Terra 2019: o planeta acaba de entrar em cheque especial*. Disponível em: <<https://www.oeco.org.br/blogs/salada-verde/sobrecarga-da-terra-2019-o-planeta-acaba-de-entrar-no-cheque-especial/>> Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

_____. *Convênio ICMS 100/97*. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1997/CV100_97> Acesso em: 15 out. 2019.

_____. NOTÍCIAS STF. *Partido questiona concessão de isenções tributárias a agrotóxicos*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320692>> Acesso em: 15 out. 2019.

GONZALEZ, Amelia. *O uso abusivo dos agrotóxicos e o mal que eles fazem à saúde humana*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/blog/nova-etica-social/post/o-uso-abusivo-dos-agrotoxicos-e-o-mal-que-eles-fazem-saude-humana.html>> Acesso em: 15 out. 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

VOLTOLINI, Ricardo. *Tributação verde*. Disponível em: <<https://ideiasustentavel.com.br/tributacao-verde-2/>> Acesso em: 15 out. 2019.



A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA COMPATIBILIDADE COM ILÍCITOS ECONÔMICO-FINANCEIROS

Diego Ribeiro Guimarães da Silva

Graduado pela Universidade Candido Mendes

Resumo A teoria da cegueira deliberada é uma modalidade de responsabilização penal que, passando ao largo de entendimento uníssono, é lançada pela doutrina como ora viável, por se adequar ao dolo eventual, e ora inviável, por representar modalidade de responsabilização objetiva. Não deve ser desprezado o fato de que tal teoria tem sido paulatinamente implantada pelos órgãos competentes. É nesse contexto que o trabalho se imiscui como medida instrumental para operadores de direito, já que subsidia de meios jurídicos com a doutrina especializada da área - abarcando entendimentos da melhor jurisprudência dos tribunais superiores. Diante do incontornável debate, o presente trabalho busca exaurir pesquisa no sentido de sua aplicação no bojo dos delitos de ordem econômico-financeiros, mormente no cenário nacional.

Palavras-chave Direito Penal. Ilícito Contra a Ordem Econômico-Financeira. Possibilidade de Responsabilização conforme a indigitada teoria.

Sumário Introdução. 1. Visão anacrônica do gestor que desencadeia na cegueira. 2. Divergências acerca da aplicação do instituto. 3. Viabilidade gravitante da teoria da cegueira deliberada sobre delitos de tal natureza. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz alusão ao debate doutrinário travado, precipuamente, na seara penal. Trata-se, em verdade, de enfoque preciso na aplicação do postulado da Cegueira Deliberada no contexto de delitos tipificados sob a ótica econômico-financeira.

Com esse intuito, pretende-se trazer à baila construções tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, com escopo de firmar tese que se coadune com a sistemática jurídica pátria. Merece ressaltar, pela controvérsia do instituto, que a edificação do trabalho perpassará, necessariamente, pelo crivo da inafastável observância dos direitos e garantias fundamentais, decorrentes da Carta Política de 1988.

Acerca do Teoria da Cegueira Deliberada, e no afã do conhecimento mais ajustado, pertinente é a linha de pensamento da doutrina, que tece no sentido de que a auto colocação a uma situação de cegueira é mais comum do que se imagina, pois, frequentemente, os

indivíduos ignoram o óbvio em seu cotidiano, sobretudo nas relações sociais, empresariais e entre advogado e cliente, com a finalidade de se isentarem de certos ônus da vida em coletividade.

O objeto de incontornável debate doutrinário gravita em torno da inviabilidade da responsabilidade objetiva, carecendo de elemento subjetivo.

Logo, deve ser compreendido sob dois aspectos: o cognitivo, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o volitivo, configurado pela vontade de realizar a conduta típica. Sendo que a mera possibilidade de conhecimento, o chamado conhecimento potencial, não basta para caracterizar o elemento cognitivo do dolo.

O dolo, indubitavelmente, não desborda com a vontade de produzir o resultado. Também há dolo na conduta de quem, após prever e estar ciente de que pode provocar o resultado, assume o risco de produzi-lo (dolo eventual). A cegueira deliberada apenas tem sua aplicação através do dolo eventual, razão por que sua principal finalidade é atribuir a responsabilidade penal ao indivíduo que conscientemente colocou-se em ignorância com a finalidade de esvair-se de sua responsabilidade no futuro pela conduta ilícita cometida.

Nesse diapasão, ao menos no Direito Brasileiro, a jurisprudência, nos mesmos moldes, considera a ignorância deliberada equivalente ao dolo eventual; contudo, para parcela da doutrina, a cegueira deliberada é um elastério da *actio libera in causa*, o que é indicativo de modelo de responsabilidade objetiva.

Ante o estabelecimento de molduras gerais, sob à luz da pesquisa, busca-se ater sobre o debatido tema da cegueira deliberada em atenção aos delitos contraordem econômico-financeira. Sendo certo, que objeto do primeiro capítulo ponderará acerca da conduta, por vezes, desviada do gestor da coisa pública. Conduta pautada no retrocesso. O administrador com visão anacrônica, remontando os tempos mais remotos, não logra desatar o feixe entre o bem público e o bem particular, tendendo, no mais das vezes, para interesse puramente particular. Nessa linha de conduta desviada, pode o gestor, perfeitamente, se autocolocar numa situação de cegueira, representativa de incontornável lesão à economia de um Estado, em benefício do particular. Tal fere de morte o interesse público.

No segundo capítulo, por seu turno, se ocupará dos Crimes de Lavagem de Dinheiro, da Teoria da Cegueira Deliberada e dos apontamentos da Criminologia. Para tanto, se valerá do lança da mais apropriada doutrina, no que se refere a tríade. O perpasso na seara dos casos concretos será também será registrada.

Diante de delito de expressão, considerando o elevado grau lesivo dos crimes tributários, e na inafastável necessidade de contornar o usual, é consectário da pesquisa a



busca da viabilidade gravitante da Teoria da Cegueira Deliberada sobre delitos de tal natureza. Abordagem de alçada do terceiro capítulo.

A metodologia, com esse intuito, será qualitativa, já que se lançará mão da bibliografia respectiva. Sendo inafastável, ainda, o manejo da legislação e jurisprudência pertinente.

1. VISÃO ANACRÔNICA DO GESTOR QUE DESENCADEIA NA CEGUEIRA

A Administração Pública moderna não mais concebe, mormente a partir da Revolução Francesa, com os ideais republicanos e democráticos permeados no atuar do gestor público, que o aparelho do Estado funcione como extensão patrimonial dos líderes políticos. Tal fenômeno, na leitura de Giovanna Carranza¹, traduz a ideia de "uma privatização (*rent-seeking*) do Estado para o príncipe e seus nobres" e arremata certificando que, nesse modelo gestão, "a *res publica* (a coisa pública - os bens públicos) não é diferenciada da *res principis* (patrimônio do príncipe ou do soberano)".

Já conferindo linhas a essa privatização, Max Weber² lançava ideia no sentido de que a este caso de especial estrutura de dominação patriarcal, o poder doméstico descentralizado mediante a cessão de terras e eventualmente de utensílios a filhos ou outros dependentes da comunidade doméstica: a dominação patrimonial.

Essa privatização, à luz do enfoque do debate, ou segundo Bresser Pereira³, "a relutância de o príncipe distinguir entre o patrimônio público e seus bens privados", definia o governo nas sociedades pré-capitalistas e pré-democráticas. Sendo certo que, a Inter permeabilidade dos patrimônios, públicos e privados, reflete ambiente suscetível à corrupção e ao nepotismo.

A praxe do uso de verbas públicas para uso próprio ou para financiamento de campanhas, não olvidando da utilização de empresas e ONGs fantasmas para parcerias criminosas com o poder público, são exemplos que guardam anacronismo e tem assento, ainda que ilegítimo, na gestão pública hordierna⁴.

O operador do direito na perspectiva inadiável de revirar a praxe lesiva, busca mecanismos debeladores, nomeadamente quando se está a tratar de danos que, em via

¹ CARRANZA, Giovanna. *Administração Geral e Pública*. São Paulo: Jus Podium, 2016, p.65.

² WEBER apud CARRANZA, opus citatum, p.65.

³ PEREIRA, Carlos Bresser. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2003, p.210.

⁴ CARRANZA, opus citatum. p. 365.

transversa, possa tocar perniciosamente os direitos difusos. A cegueira na gestão da coisa pública pode se encontrar intimamente vinculada com a usual prática da defesa de interesses privados, com a prática omissiva tipicamente punível. É que na visão de Marshal Justen Filho⁵, “o servidor é investido de competências e atribuições que devem ser exercitadas para satisfação das necessidades coletivas” e com tom peremptório arremata que “o servidor é legitimado a defender suas competências e atribuições, adotando todas as providências necessárias a tanto.”

Deve-se consignar, portanto, que a outorga dos poderes administrativos aos agentes do Poder Público guarda estreita relação com interesses da coletividade. Não se concebendo, na praxe hordierna, desatar tal laço unificador. Sendo assim, José dos Santos Carvalho Filho⁶ defende a tese da dupla consequência inerente ao exercício daqueles poderes: a irrenunciabilidade e o exercício compulsório pelos titulares. Do binómio precitado é que se depreende o denominado poder-dever de agir. Contudo, para que se tenha conduta omissiva juridicamente relevante, a ponto de despertar da inércia o poder punitivo assentado na sistemática jurídica pátria, é imperativo que se tenha a omissão específica.

Asseverando, mesmo que *obiter dictum* (haja vista que o presente trabalho não é uma peça decisiva de um processo), a jurisprudência⁷ coloca que a omissão específica somente ocorre na hipótese de omissão do gestor em oposição a norma posta e estreme de dúvidas. A postura contrastante em prejuízo da norma, no sentido do *facere* administrativo em prazo determinado, é imprescindível para qualquer subsunção normativa da conduta do gestor. A medida sancionatória inserta em norma fabricada à luz de um Estado Democrático de Direito deve refletir princípios encontrados na vigente *magna carta*.

A conduta do gestor que se inclina numa postura omissiva, ainda que se mostre alheio, considerando ordinário, quando se depara com praxes de medievo de não segregação patrimonial público-privado, deve se amoldar na omissão dolosa da ação, que na leitura de Roxin⁸ “o dolo na omissão própria e na omissão imprópria tem por objeto comum os seguintes elementos do tipo objetivo: a situação de perigo para o bem jurídico; a omissão da ação mandada para proteção do bem jurídico”.

Ora, a conduta última narrada, conducente na omissão da ação mandada para

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 689.

⁶ CARVALHO FILHO, José. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017, p. 49.

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal. *Processo n. ° 0701904-95.2017.8.07.0018*. Relator: Flávio Rostirola. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/processos/209172445/processo-n-0701904-9520178070018-do-tjdf>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

⁸ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Renovar: São Paulo, 2002, p. 685.



proteção do bem jurídico (patrimônio público), se adequa com dada precisão na noção antes esposada: omissão específica reclamada por especialistas do Direito Administrativo. Trata-se de traço paralelo meramente aparente, porquanto deve-se ter em mente que o direito é uno e assim deve ser tratado. Resta, agora enquadrar tal omissão. A conduta anacrônica que se desencadeia na cegueira é própria ou imprópria?

Na visão de Mirabete⁹, os crimes omissivos próprios (omissivos puros) são os objetivamente descritos com uma conduta negativa, de não fazer o que a lei determina. Consiste, em última análise, na omissão violadora de norma jurídica e não é necessário qualquer resultado naturalístico. Para a configuração do crime, sob foco, basta que o autor se omita quando deva agir. E arremata, exemplificando, o delito de condescendência criminosa (delito que se avizinha com o objeto do trabalho), art. 320 do Código Penal. Por seu turno, Paulo Queiroz¹⁰ descrevendo o delito omissivo impróprio, assevera que “na omissão imprópria, portanto, a omissão equivale jurídico penalmente à ação, desde que o agente/garante não aja de modo a evitar um resultado concretamente evitável. Note-se que, para a caracterização de um crime omissivo impróprio, é necessário que, além de um dever de agir, o agente tenha o dever de evitar o resultado, nos termos do artigo 13, § 2º do Código Penal, por garantidor”. Em reforço, Juarez Cirino¹¹ bem posta que “a posição de garantidor é elemento do tipo da ação imprópria e, portanto, um critério legal de definição da posição de garantidor é exigência do princípio da evitabilidade”. E arremata dizendo que “a legislação brasileira adotou o critério formal para definir a posição de garantidor”. Conclui-se, pois, por delito de omissivo próprio, já que a conduta do gestor não se vislumbra enquadrável nas linhas do § 2º do artigo 13 do Código Penal.

Nessa equivalente esteira, em sendo, conforme se viu, poder-dever do gestor na conduta conducente de elisão do resultado lesivo, poder-se-ia atribuir a conduta omissiva própria (em observância do ordenamento extravagante que regula a matéria, objeto dos demais capítulos do presente trabalho) do resultado lesivo aos cofres públicos. E uma vez o agente projetando resultado e assumindo o risco, decorrente da privatização do patrimônio público, restaria configurado o dolo eventual. Cleber Masson¹², ao mencionar Reinhart Frank, este responsável por formular a Teoria Positiva do Conhecimento, certifica que há dolo eventual quando o agente diz a si mesmo: “seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso agirei”. Ideia que corrobora com a percepção precitada e esposada

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo, Atlas, 2005, p. 131.

¹⁰ QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte Geral*. São Paulo, Juspodium, 2008, p.410.

¹¹ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte Geral*. Curitiba, Lumen Juris, 2004, p. 206.

¹² MASSON, Cleber. *Direito Penal*. São Paulo: Método, 2018. p.30.

por Manoela Pereira Moser¹³ (compatibilidade do dolo eventual com a teoria da cegueira deliberada), em tese desenvolvida em Revista Jurídica.

2. CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO, A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E OS APONTAMENTOS DA CRIMINOLOGIA

O crime de Lavagem de Dinheiro está centrado naquilo que a criminologia intitulou de *white collar crimes* (crimes de colarinho branco), consectário da Teoria da Associação Diferencial.

Essa concepção da Teoria da Associação Diferencial, cujo o propósito é apontar o fenômeno criminal, foi certificado por Nestor Sampaio Penteado Filho¹⁴ como uma teoria de consenso, sendo desenvolvida pelo americano Sutherland (1883 – 1950), inspirado em Gabriel Tarde. A Teoria precitada etiquetou o crime de colarinho branco como específico e que discrepa dos delitos comuns. Específico e desalinhado com arruaças e/ou simples furtos, carecendo do delinqüente maior estatura social e respeito em sede profissional.

Em reforço e para fins perfazer o sentido, Álvaro Mayrinc da Costa¹⁵ defende que pela Teoria da Associação Diferencial:

a aprendizagem é feita num processo de comunicação com outras pessoas, principalmente, por grupos íntimos, incluindo técnicas de ação delitiva e a direção específica de motivos e impulsos, racionalizações e atitudes. Uma pessoa torna-se criminosa porque recebe mais definições favoráveis à violação da lei do que desfavoráveis a essa violação. Este é o princípio da associação diferencial.

Por isso, como bem anota Nestor Sampaio Penteado Filho¹⁶, a associação diferencial desperta as leis de imitação, porque ao contrário do que ensina Lombroso, ninguém nasce criminoso, mas a criminalidade é uma consequência de uma socialização errônea. O que se quer apontar com o esposado é que o crime numa visão global não é exclusividade das classes menos favorecidas, isso porque é flagrante também na camada da mais alta classe social. Pensamos que o *modus operandi* é o ponto a ser atentado. É que por meio dele se dessume a maior ou menor sofisticação delitiva estabelecendo linha tênue com a maior ou menor classe social no que tange a delitos.

¹³ MOSER, Manoela Pereira; OLIVEIRA, Thiago Pires; LIMA, Juliana Cabral. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*. Distrito Federal: TJDF, 2017, [e-book].

¹⁴ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual Esquemático de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2018. p.88

¹⁵ COSTA, Álvaro Mayrinc da. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p.129.

¹⁶ PENTEADO FILHO. opus citatum. p.90.



Superado o ponto inerente à Criminologia, é relevante abordar grosso modo o delito de lavagem de dinheiro sob uma perspectiva histórica. Neste ponto o professor Gabriel Habib¹⁷, em sua obra, bem trabalha o tema e pondera que:

o termo “lavagem” guarda raízes na América do Norte. Sendo certo que, na década de XX, a máfia edificou “lavanderias” se valendo de comércio legalizado para que sob o manto de comércio formalmente legalizado ilidisse a gênese criminosa do numerário logrado ilicitamente. Na Europa, mais especificamente em países como Portugal, França e Espanha, o delito de lavagem de dinheiro é curiosamente apontado como delito de Branqueamento de Capitais. Arremata o professor que “ no Brasil o legislador justificou a adoção da nomenclatura *lavagem de Dinheiro* no fato de tal expressão já estar consagrada na linguagem popular.

Prosseguindo, e valendo do conhecimento histórico aqui delimitado, é de se ter claro que jurisprudência norte americana, que como se sabe bem é o ponto gênese da teoria, estatuiu o *Willful Blindness doctrine*, por intermédio do qual postulou a verificação do elemento subjetivo do tipo penal, segundo o dolo indireto eventual.

Defendeu-se o argumento de que a indiferença em relação ao bem jurídico tutelado, na hipótese de viabilidade de atingir a consciência do ilícito, faz nascer a responsabilização. Bem expõe a tese o professor Gabriel Habib¹⁸ em sua lapidar lição. Segundo ele o substrato dessa teoria reside no fato de que o agente possa ter a consciência sobre origem ilícita do dinheiro e escolha não buscar essa informação de forma mais aprofundada, demonstra nitidamente indiferença em relação ao bem jurídico protegido, da mesma forma que demonstra indiferença quem age com dolo eventual por fazer a representação mental do resultado e, embora não o queira diretamente, assume o risco de produzi-lo. Essa semelhança de comportamento do agente possibilita a punição de quem deliberadamente cega-se para a origem ilícita do dinheiro.

Em reforço, pode-se ter em conta que há um nitido intuito da Lei nº 9.613/1998¹⁹ (Lei de Lavagem de Dinheiro) em tutelar a paz pública, vez que reprime o crime organizado em nível transnacional. Talvez seja por essa razão o imperativo da dupla justa causa em sede de tais delitos. Não é por outra razão que se exige tenha a infração penal antecedente. Definindo infração penal antecedente é de relevo trazer à baila o conceito da doutrina. Segundo Ricardo Antonio Andreucci²⁰:

¹⁷ HABIB, Gabriel. *Leis Penais Especiais*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018, p.109.

¹⁸ Ibidem, p.117.

¹⁹ BRASIL. Lei Nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <<http://www.impresnacional.gov.br/mp/leis/leistexto.asp?ld=LEI%209887>>. Acesso em: 10 out. 2019.

²⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Especial*: São Paulo: Saraiva. 2018, p. 598.

é aquela que gera o objeto material do crime de lavagem de dinheiro, ou seja, o produto ou o proveito. O Brasil adotava anteriormente o sistema de lista (ou de rol) nomeando expressamente os crimes que poderiam gerar a lavagem de dinheiro. Portanto, na sistemática anterior, somente haveria crime de lavagem de dinheiro se os valores ou bens tivessem sido originados da prática dos crimes expressamente arrolados no artigo 1º da lei. A Lei n. 12.683/2012, entretanto, conferindo nova redação a vários dispositivos da Lei 9.613/1998, retirou o rol de crimes antecedentes anteriormente, permitindo que se configure como crime de lavagem a dissimulação ou ocultação da origem de recursos provenientes de qualquer crime ou contravenção penal, como, por exemplo, o jogo do bicho e a exploração de máquinas caça-níqueis.

Em sede concreta, portanto, e levando-se em conta um delito de lavagem como conteúdo do continente delitos contra a ordem tributária, estes previstos no artigo 1º *caput* e incisos do mesmo normativo (I ao IV) , a Lei nº 12.683/2012²¹ conferiu maior elástico de incidência da lei de lavagem. Por isso, a Lei nº 9.613/1998²² (Lei de Lavagem de Dinheiro) passou a compreender a lavagem do produto de qualquer infração antecedente.

Em ação penal atinente aos delitos contra a ordem tributária, julgada pelo TRF4²³, sétima turma, de relatoria do Desembargador Fábio Bittencourt da Rosa, ficou encampada a tese da possibilidade do dolo eventual nos delitos tributários. Trata-se da análise detida da expressão “deva saber” flagrante no inciso IV do artigo 1º da Lei nº 8.137/90. Ao que parece acolheu-se a tese da *Willful Blindness doctrine*, mesmo que veladamente. Narra o voto vencedor que nos “crimes previstos na Lei nº 8.137/1990 admitem a forma do dolo eventual. Não é comum que empregados utilizem suas contas bancárias pessoais para efetuar depósitos de recursos da empresa para a qual prestam serviços. Assim agindo, os co-réus, no mínimo, assumiram o risco de produzir o resultado, consistente na omissão de receitas e dano ao erário.

A ideia do julgamento no TRF4 espelha com pequenos traços a tese do *Willful Blindness doctrine*, sendo relevante trazer caso concreto do direito comparado para estabelecer cotejo. Gabriel Habib²⁴ em sua obra ventila o caso *United States vs Cambell*. Segundo ele:

Campbell, vendedora do mercado imobiliário, foi denunciada pelo delito de lavagem de dinheiro, em razão de ter realizado um negócio jurídico de venda de um imóvel a um traficante de drogas que se fazia passar por pessoa de alto poder aquisitivo econômico, não revelando a Campbell a sua real atividade. Campbell realizou a venda do imóvel no valor de US\$ 182.500,00, dos quais US\$ 60.000,00 foram pagos em dinheiro. O contrato foi realizado no valor correspondente à diferença. Durante o

²¹ BRASIL. *Lei Nº 12.683*, de 9 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_At o 2 011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

²² BRASIL. op. cit., nota 19.

²³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 região). *Apelação Criminal nº 5520-CE*. Relator: Fábio Bittencourt Rosa. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/20058100014586020081022>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

²⁴ HABIB. opus citatum, p.118.

juízo, uma testemunha teria afirmado que Campbell disse que o dinheiro poderia ser proveniente de atividade ilícita de tráfico de drogas. Com base nessa informação e outras mais constantes dos autos do processo, o Júri Federal condenou Campbell pelo delito de lavagem de dinheiro, ao fundamento de que Campbell teria deliberadamente fechado os olhos para o fato evidente, para um fato que era óbvio, isso é, que o valor utilizado para pagar a compra do imóvel era derivado de origem ilícita. Irresignada, Campbell recorreu e, em recurso de apelação, o Quarto Circuito Federal manteve a sua condenação, ao argumento segundo o qual Campbell deliberadamente evitou descobrir a origem ilícita dos valores empregados na compra do imóvel; que a operação de compra e venda realizada tinha a finalidade de lavar dinheiro sujo, isso é, transformar dinheiro proveniente do tráfico de drogas, portanto sujo, em dinheiro limpo, dando-se a ele um aspecto de origem ilícita .

Na órbita dos crimes de lavagem, muita das vezes o processo de legitimação do capital espúrio resulta no produto da perda necessária. Conforme explica Carla Veríssimo de Carli²⁵ é comum na seara de delitos dessa natureza a realização de negócios que dão prejuízos e que, mesmo assim, tornam a ser objeto de exploração num ciclo contumaz. Arremata dizendo que não faz sentido ter prejuízo e manter o negócio, segundo uma ótica comercial. Trata-se, segundo ela, de negócios *non-sens*. É de grande valia a leitura atenta pelas autoridades competentes dos negócios dessa natureza, isso porque pode-se trazer à reboque a plausibilidade da realização desses crimes, ante a fulga da razoabilidade com a manutenção de negócios destituídos de qualquer lucros, ao tempo que é rico em perdas.

Aspecto relevante é a questão da perda de bens e valores quando da configuração do delito de lavagem. Sobre tal assunto, reza o artigo 45, § 3º, do Estatuto Repressivo²⁶ que a perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou por terceiros, em consequência da prática do crime.

Segundo Cleber Masson²⁷, quanto aos efeitos do decreto condenatório nos delitos em tela, o artigo 91 no seu parágrafo 2º do Estatuto Repressivo foi introduzido pela Lei nº 12.694/2012²⁸, com o propósito de proporcionar maior eficiência nas condenações proferidas em delitos cometidos no contexto de organizações criminosas. Nestes casos, poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes quando se localizarem no exterior, notas comuns aos delitos praticados pelas estruturas ilícitas de poder. Sem prejuízo, é possível se valer de medidas assecuratórias previstas na legislação processual (sequestro, arresto,

²⁵ CARLI, Carla Veríssimo de. *Ideologia da Criminalização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 116.

²⁶ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2019.

²⁷ MASSON, opus citatum, p.933.

²⁸ BRASIL. *Lei Nº 12.694*, de 24 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

especialização de hipoteca legal etc.) poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação da perda.

Acerca de bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação da perda, e mais especificamente, considerando a Lei nº 9.613/1998²⁹ (Lei de Lavagem de Dinheiro), Rogério Sanches Cunha³⁰ comenta que o artigo 7º, inciso I, da Lei de Lavagem, repete a regra relativa à perda judicial como efeito da condenação prevista no artigo 91, inciso II do Código Penal. Nessa esteira, com o decreto condenatório passado em julgado, deve o juiz competente determinar a perda em favor da União ou dos Estados, respectivamente nos casos de competência federal ou estadual, de bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem de capitais. Prossegue dizendo que a perda abrange, inclusive, os recursos relacionados a eventuais fianças pagas durante o decorrer da investigação ou ação penal. Em todos os casos, no entanto, devem ser preservados os direitos do lesado ou de terceiro de boa-fé.

3. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIOS, AS CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE E OS LIAMES COM A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Preliminarmente, os delitos continentes (crimes econômicos, como delito continente; e os crimes tributários, como conteúdo) serão enfoque de análise para que, afinal, os fundamentos base quanto à aplicabilidade do *Willful Blindness doctrine* sejam suficientemente esclarecidos

Pois bem, o Direito Penal econômico é apontado, no plano nacional, não como especialidade do Direito Tributário ou do Direito econômico, mas sim daquele primeiro. Tal entendimento não é, senão, aquele esposado por Francisco de Assis Betti³¹. Outrossim, numa análise mais direta e seca, Elder Lisboa Ferreira da Costa³² aponta que o Direito Econômico brasileiro é um verdadeiro emaranhado de leis esparsas, dentre elas a Lei nº 8.137/1990 (que trata dos Crimes Contra a Ordem Tributária). Tais entendimentos, no meu sentir, delimitam aquilo defendido no limiar deste capítulo, qual seja, há de fato um liame de continência entre os crimes econômicos e crimes tributários.

Contudo, não pode fugir ao debate a ordem econômica. Isso porque há a adoção no Brasil de um sistema jurídico-constitucional, no qual se joga um papel primordial à livre-

²⁹ BRASIL. op. cit., nota 16.

³⁰ CUNHA, Rogério Sanches. *Leis Penais Especiais*. São Paulo: Juspodivm, 2019, p. 302.

³¹ BETTI, Francisco. *Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil*. São Paulo: Forum, 2000, p. 40.

³² COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. *Os delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 60.



iniciativa como se extrai de uma rápida leitura no disposto no artigo 170 da CRFB/1988³³. Nesta linha, relevante trazer à baila a precisão de Luiz Régis Prado³⁴, segundo ele a intervenção penal no campo econômico, embora admitida e necessária se faz presente mais como *prima ratio* do que como *ultima ratio*, em constante fricção com o princípio da intervenção mínima. E conclui dizendo que tal postura do direito penal traz à reboque o descompasso com a verdadeira missão do Direito Penal do Estado democrático e social de Direito.

A existência de um Direito Penal Econômico como instância hegemônica em prejuízo dos *white-collar and corporate crimes* tutela a confiança da sociedade nos seus direitos transindividuais. Por isso o Estado deve ser atuante na seara destes delitos, mesmo que para tanto se adote tese anacrônica da *prima ratio* em vez de adotar o da *ultima ratio*, escapando das suas linhas fragmentares. José de Faria Costa³⁵ ressalta que tal tipo "de criminalidade com o qual devemos enfrentar tem a qualidade ou a característica de não ter *locus delicti*, pelo menos através da interpretação clássica que a dogmática dá de local do crime." A gravidade do delito, exorbitando muita das vezes as divisas nacionais, corrobora e autoriza o atuar mais repressor do Estado no intuito de dissuadir o delinquente na empreitada informada pelo *animal spirit* – bem elucidada pela escola keynesiana³⁶. Por último, e ao mesmo tempo, o Judiciário deve manter cautela no seu atuar de prestador de bem dizer o direito.

Superado tal obstáculo, importante voltar olhares para Lei nº 8.137/1990³⁷ (que trata dos Crimes Contra a Ordem Tributária).

O disposto no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 imputa como crime contraordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório. Trata-se de crime material em que se exige o lançamento tributário. Bem esclarece Leandro Paulsen³⁸ que a configuração dos tipos penais de crimes materiais contra a ordem tributária praticados por particulares depende da existência e exigibilidade do crédito tributário que tenha deixado de ser pago em razão das referidas condutas. Se depreende daí o inquestionável resultado:

³³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

³⁴ PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.80.

³⁵ FÁRIA COSTA, José de. *O fenômeno da globalização e o Direito Penal Econômico*. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 536.

³⁶ KEYNES, John Maynard. *General theory of employment, interest and money*. United Kingdom: Palgrave Macmillan, 1936. p.45.

³⁷ BRASIL. *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 fev. 2019.

³⁸ PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 800.

suprimir tributo indevido é crime impossível.

Na ADI nº 1571³⁹, o voto vencedor de lavra do ministro Celso de Mello, e que rendeu ensejo à aprovação de enunciado de Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal⁴⁰, assim destacou:

[...] embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal, falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no artigo 1º da Lei 8.137/1990 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo [...]

Deve-se ter em conta, que como conseqüência lógica das conclusões aqui aventadas, a subsunção típica dependerá da regular e definitiva constituição do crédito tributário na seara administrativa, pressupondo o exaurimento desta via, quer por meio de impugnação, quer por meio dos recursos – que desafiam o lançamento do fisco na constituição do crédito tributário.

Ainda sobre a constituição do crédito tributário, bem como o seu espectro - condição objetiva de punibilidade - Andreas Eisele⁴¹ pontua que o crime tributário está relacionado ao descumprimento da obrigação tributária mediante fraude. Para ele não é plausível sustentar a linha de pensamento adotada pelo STF, já que confunde a existência da obrigação tributária com a necessidade de lançamento para caracterização.

Para o Procurador Federal da República⁴², o lançamento não tem contornos de condição objetiva de punibilidade. É que estas causas derivam de opções de política criminal, por meio dos quais o legislador restringe a persecução penal em nome de outros interessados. A leitura mais adequada é a de que o lançamento confere a exigibilidade ao crédito tributário, nada obstando que juiz, sob à lente de um caso concreto, concebesse a ocorrência do fato gerador e do próprio delito. Contudo, tal construção jurídica somente seria admitida para fins criminais

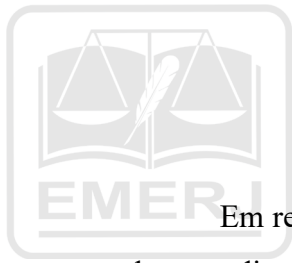
Apesar da atraente tese, deve-se ter em conta o predominante entendimento jurisprudencial do STF sobre a imprescindibilidade do lançamento, à míngua do qual não se possibilitaria aduzir crime. Não se podendo falar ainda em curso prescricional, segundo clássico magistério: só há prescrição quando exercitável o direito de ação (teoria da *actio nata*).

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1571*. Relator Ministro Néri da Silveira. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347135>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 24*. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

⁴¹ EISELE, Andreas. *Crítica ao Direito Penal Tributário Brasileiro*. Santa Catarina: acadêmica, 2007, p. 116.

⁴² *Ibidem*, p.117.



Em reforço, e ressaltado pela relevância, o aplicador do direito deve sempre se pautar pelo entendimento cristalizado em enunciado de súmula vinculante precitado.

Quanto à consumação dos crimes tributários, a tese atraente antes defendida e encabeçada por Guilherme de Souza Nucci⁴³ da necessidade de se comprovar o elemento subjetivo do tipo específico – consistente na vontade de fraudar o fisco – cede passo à do STJ⁴⁴ para que se conclua diversamente. É que se consolidou o entendimento da prescindibilidade do dolo específico, sendo bastante para subsunção no artigo 1º da Lei nº 8.137/1990⁴⁵ o não recolhimento do tributo.

Apesar de tudo, a primeira tese é a mais acertada. Posto que a objetividade jurídica no campo dos crimes tributários justifique uma persecução penal mais robusta, ainda assim não se pode conceber que o Direito Penal seja convolado em apêndice inadequado do Direito Tributário comum, buscando servir de instrumento do Estado para a cobrança de tributos.

Por fim, infere-se que a teoria do *Willful Blindness doctrine* é de possível aplicabilidade, mesmo na seara dos crimes tributários. Para se ter claro a plausibilidade do argumento invocado, utiliza-se da construção jurídica de que o crime de evasão fiscal pode ser objeto de crime precedente no crime de lavagem. Assim sendo, encerra requisito da dupla justa causa, autorizando a gravitação persecutória sobre o agente (podendo ser autoridade fiscal) que alega o desconhecimento da origem ilícita dos bens, por voluntariamente procurar a esquivia de consciência quanto à ilicitude de origem (dolo eventual).

CONCLUSÃO

Os consectários, pelo todo exposto, inclinam pela viabilidade da Teoria do *Willful Blindness doctrine* no plano nacional e no campo desafiador dos delitos econômico-financeiros (mormente nos delitos de lavagem de dinheiro). O próprio legislador, em diversas passagens, consagra expressão "que saiba ou deva saber", o que afasta qualquer margem de dúvidas que possam despontar sobre a teoria da cegueira deliberada como ideia subjacente no elemento da conduta (dolo eventual). Disso resulta, no entanto, o dever de maior cautela do aplicador do direito e teorias exurgem.

Dúvidas podem quedar sobre operador do direito não pela real incidência no caso concreto da Teoria do *Willful Blindness doctrine* (esta questão já superada pelo presente

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 677.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 684*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo684.htm>>. Acesso em: 11 out. 2019.

⁴⁵ BRASIL. op. cit., nota 16.

trabalho e sem quaisquer equívocos de dúvidas acerca da incidência no plano do ordenamento pátrio, ressalta-se), mas sobre incidência da Convenção de Palermo. É sabido que tal Convenção reconhece a reserva de autolavagem – *self-laundering* – a teor do artigo 6º, item 2, "e". Tal normativo permite a esquivia da imputação pela lavagem de capitais caso fosse praticada pelo autor do crime antecedente. Contudo; pode-se afirmar peremptoriamente que o ordenamento brasileiro não consagra a reserva de autolavagem, o que atrai a imputação do autor pelo delito precedente de lavagem de capitais.

Mais uma vez relevante trazer à baila a ideia de que se repele a autolavagem, bem como reconhece a não absorção do crime de lavagem, por força da aplicação da Teoria do *Willful Blindness doctrine* do princípio da consunção, já que a ocultação do produto da infração antecedente pelo seu autor configura lesão autônoma, contra sujeito passivo distinto, através de conduta não compreendida como consequência natural e necessária da primeira. De mais a mais, o bem jurídico tutelado pela Lei nº 9.613/1998 é, em regra, distinto daquele afetado pela infração penal antecedente, e esta distinção acaba por autorizar a punição de ambas as condutas delituosas em concurso material, sem que se possa falar em *bis in idem*.

Superado a questão da convenção de Palermo, outra questão de cautela que deve ser observado pelo aplicador do direito na seara dos crimes econômico-financeiros, no cenário da aplicação da Teoria do *Willful Blindness doctrine*, é a problemática probatória. Nessa situação, não é dado à Magistratura no afã de produzir prova, e sob o pretexto de seu amplo poder instrutório no âmbito criminal, se guiar pela prevalência de hipóteses sobre fatos. Trata-se do que a doutrina convencionou em intitular de Quadros Mentais Paranóicos ou Síndrome de Dom Casmurro, sob pena quebra da imparcialidade. Grosso modo, a terminologia foi edificada para designar o juiz que, dotado de poderes investigatórios, primeiro decide e depois sai à procura de material probatório para alicerçar e justificar sua decisão.

A crítica é enfática, que deflui da comunidade jurídica, e é direcionada para os poderes instrutórios de um magistrado. De fato, semelhante modo de pensar, destrói na totalidade o processo penal democrático. Sendo lícito afirmar, que tal modo de agir do magistrado levaria um primado das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide e depois vai atrás dos fatos que justificam a decisão – cenário próprio dos quadros mentais paranóicos.

Imperativo se faz, portanto, ainda que pela especificidade do cenário probatório que a Teoria da Cegueira Deliberada reclama, a manutenção e a observância do sistema acusatório adotado pelo Brasil. Não se concebe alcançar um resultado de sistema subvertido, em que se concentre nas mãos do juiz as funções de acusar e julgar (sistema inquisidor).



Poder-se-ia pensar, em termos de conclusão e cautela, que a Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013) aplicável aos delitos sob análise seria expressão do direito penal do inimigo e, por logo, normativo desenhado por influência de Günther Jackobs. Isso se extrai do necessário rigor no combate à criminalidade organizada. A conclusão de que a Lei em tela estaria se lançando daquela expressão deve ser rechaçada.

A Teoria da Cegueira deliberada, alinhada aos delitos econômico-financeiros, é viável e uma realidade no Brasil. Contudo, deve ser buscado uma leitura sistemática de todo o ordenamento jurídico pátrio. Lembrando, sempre, que deve ser perseguido pelos atores do processo penal a justa medida entre o garantismo e a efetividade da sanção. É o que se conclui.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Especial*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1571*. Relator Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347135>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

_____. *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 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 684*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo684.htm>>. Acesso em: 11 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 24*. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal (4 região). *Apelação Criminal nº 5520-CE*. Relator: Fábio Rosa. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/20058100014586020081022>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

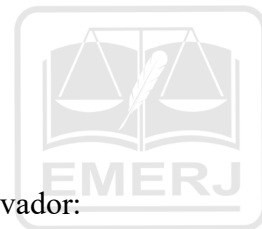
CARRANZA, Giovanna. *Administração Geral e Pública*. São Paulo: Jus Podium, 2016.

COSTA, Álvaro Mayrinc da. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CUNHA, Rogério Sanches. *Leis Penais Especiais*. São Paulo: Juspodivm, 2019.

EISELE, Andreas. *Crítica ao Direito Penal Tributário Brasileiro*. Santa Catarina: acadêmica, 2007.

HABIB, Gabriel. *Leis Penais Especiais*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.



LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

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

MASSON, Cleber. *Direito Penal*. São Paulo: Método, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 800.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual Esquemático de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



INTEGRAÇÃO DAS POLÍCIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E MEDIDAS DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Diogo Freitas Souza de Melo

Graduado pela Universidade do Grande Rio - Unigranrio. Bacharel em Direito. Advogado. Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O Estado do Rio de Janeiro é o segundo Estado mais importante na federação, atrás apenas do Estado de São Paulo, que é uma cidade global. Apesar do Rio de Janeiro não ostentar tal título, a cidade e, conseqüentemente o Estado, é conhecido mundialmente tanto na seara econômica quanto na turística, fazendo com que os agentes políticos e sua população, elementos integrantes do Estado, tenham papéis fundamentais na forma de conduzir e integrar políticas públicas para que o Estado alcance sua finalidade, qual seja o interesse público. Além da grande importância turística, o Rio de Janeiro é marcado ao longo do século por importantíssimos acontecimentos nas mais diversas áreas e em diversos setores, atraindo ainda mais os olhares do mundo, principalmente nos dias atuais com o avanço inevitável da globalização e pela rapidez no acesso à informação por todos, inclusive crianças e idosos. Assim, inevitável é a presença das instituições relacionadas à segurança pública voltada tanto para esses megaeventos nos últimos anos, quanto à sua população que vem sofrendo ainda mais depois das olimpíadas até os dias atuais.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Segurança Pública. Polícia Militar e Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Crime organizado.

Sumário – Introdução. 1. Evolução da segurança pública no Brasil até os dias atuais, sua ineficácia e ausência da efetiva prestação de serviços públicos de qualidade 2. Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro e Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro: atribuições, integração e conseqüências. 3. Possíveis medidas de combate ao crime organizado aplicando-se a legislação penal e orçamentária. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as dificuldades que o Estado tem ao combater a criminalidade presente em todas as regiões de seu território de forma eficaz e transparente para garantir a ordem pública e preservar os direitos de cada cidadão. Procura-se demonstrar que é através dos órgãos oficiais da segurança pública que atuam na linha de frente para alcançar tal objetivo sendo indispensável a modernização, o treinamento e a integração entre as polícias civil e militar para combater as organizações criminosas que evoluem a cada ano.

Nos últimos anos a pasta da segurança pública sofreu danos sem precedentes nunca vistos na história do Estado do Rio de Janeiro, resultando assim em uma péssima prestação do serviço público à população tanto na esfera administrativa, através da polícia militar, como na

esfera judiciária, através da polícia civil. O cenário de entusiasmo e confiança trazido pelos jogos olímpicos de 2016 sediada na cidade e pela copa do mundo gerou uma falsa sensação à população e aos próprios servidores de carreira de que o setor da segurança pública finalmente ganharia a atenção e investimentos que merece, afinal é a população como um todo que é a beneficiária de um bom funcionamento da área da segurança.

A Constituição Federal positivou o tema da segurança pública tornando-o relativamente novo no ordenamento jurídico dividindo minuciosamente o campo de atuação de cada órgão em âmbito federal, estadual e municipal estabelecendo ainda tratar-se de um dever do Estado e responsabilidade de todos favorecendo a reflexão e a indagação de até que ponto pode ou devem os órgãos de segurança pública interagir, trocar experiências, mão de obra qualificada, uso de tecnologias e equipamentos para combater as grandes organizações criminosas além ainda dos pequenos delitos comuns nas grandes cidades.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o campo de atuação da polícia militar e da polícia civil do Estado do Rio de Janeiro em suas funções típicas e atípicas no qual muitas pessoas não sabem algumas atividades realizadas por elas. Pretende-se apresentar ideias ou sugestões para que, atuando conjuntamente, se obter números expressivos para a diminuição de crimes diversos como os crimes contra o patrimônio e crimes contra a vida por exemplo.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a evolução da segurança pública no Brasil e, conseqüentemente no Rio de Janeiro, para se ter uma ideia de como as polícias são na atualidade, bem como saber como elas conseguem obter números satisfatórios em certas demandas mesmo com condições de trabalho precárias.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, o campo de atuação da polícia militar e da polícia civil do Estado do Rio de Janeiro tendo esses dois órgãos significativo investimento e qualificação nos últimos dois anos.

O terceiro capítulo apresentará os benefícios de como uma atuação bem sucedida de integração entre as polícias terão resultados concretos e satisfatórios para o campo da segurança pública, não somente para o Estado, como também para os Entes vizinhos e até mesmo internacionalmente, como é o caso do tráfico internacional de drogas, de pessoas e o contrabando, por exemplo.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o pesquisador procura demonstrar hipóteses nas quais se adotadas pelo Estado, pode haver expressivos casos de sucesso em suas ações tanto na atuação preventiva como na atuação repressiva no combate aos que violam as normas penais do sistema jurídico brasileiro.



1. EVOLUÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL ATÉ OS DIAS ATUAIS, SUA INEFICÁCIA E A AUSÊNCIA DA EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE QUALIDADE

O sistema jurídico que vigorou durante todo o período do Brasil-Colônia era um contexto de colonização, seguido da formação de capitanias hereditárias, que, para escoar a sua produção (produzida por mão-de-obra escrava), precisava lidar com um movimento social denominado banditismo - saques nas estradas desertas, da produção das capitanias, como cargas de metais preciosos; frutas exóticas, tudo o que se pretendia enviar para fora da colônia e, para tanto, as Câmaras Municipais criaram as guardas dos municípios¹.

Eram organizações descentralizadas que respondiam diretamente às Câmaras Municipais apesar do território brasileiro na época não ter órgãos públicos e sim particulares que trabalhavam para o Governo Português.

Com o passar do tempo foi criado o Exército e a Guarda Nacional sob o prisma da Constituição do Império que não fez menção expressa à segurança pública e também não tenha tratado especificamente do tema. Apesar disso, com a criação da Guarda Nacional seu interesse se desloca para o poder público, saindo das mãos dos particulares, como era antes.

Neste mesmo contexto (Constituição do Império), são editados no Brasil o Código Criminal (1830) e o Código de Processo Criminal (1832). Não fosse o paradoxo da escravidão, da pena de açoite, poder-se-ia dizer que adotamos um regime punitivo tecnicamente liberal. A incidência da pena de morte foi drasticamente reduzida (apenas para casos de homicídio, latrocínio e rebelião de escravos), as execuções passaram a ser feitas de forma austera, sem o espetáculo da mutilação e da exposição do cadáver, com os julgamentos se efetivando por um conselho de jurados formado por doze cidadãos, todos "eleitores" (o que, na época, significava dispor de poder econômico) e de "reconhecido bom senso e probidade".

Na era republicana o Brasil teve ao todo seis Constituições², e em todas elas o trato da segurança pública ficou a cargo do poder público. Desenha-se a responsabilidade maior dos estados no trato do tema, levando à União apenas as competências de defesa e crimes de ordem federal, tal como delineado em nossa atual Constituição.

¹JUSBRASIL. *Direito constitucional e Segurança Pública: evolução histórica e análise do atual modelo*. Disponível em: < <https://rblancog.jusbrasil.com.br/artigos/151841294>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

² Ibidem.



Já a atual Constituição de 1988 coloca a segurança pública como serviço público; como dever do estado, como responsabilidade do cidadão, e hoje se discute novos modelos de segurança pública, focados na Força Nacional de Segurança e no combate às crises existentes nas Polícias Cíveis e Militares.

O cerne da questão é que a atual Constituição finalmente deu destaque à segurança pública de forma mais contundente colocando-a, como dito anteriormente, como um serviço público essencial, ainda que haja carência de estudos mais aprofundados na doutrina a respeito do tema. Apesar disso, o que se questiona é que apesar de todo esse contexto histórico ainda hoje os órgãos de segurança atuam de forma precária se comparado às forças de países desenvolvidos e até mesmo de países sul americanos vizinhos, fazendo com que haja uma reflexão se o que acontece nos dias atuais são efeitos de todos esses acontecimentos ao longo da história.

A polícia militar e a polícia civil no Rio de Janeiro, apesar dos problemas recentes enfrentados por elas nos últimos anos, não exercem suas funções de forma plena, eficaz, contínua e transparente, e só agem com firmeza quando o caso concreto repercute na região ou nacionalmente. Por isso, é importante levantar a ideia de que com a retomada de investimentos e prioridades da gestão atual de governo, há meios desses órgãos exercerem suas atribuições e se interligarem em suas funções atípicas com a única finalidade de prestar um serviço público de qualidade que se espera.

A falta de uma política e de uma cultura de trabalho conjunto leva ao caos na resolução de inúmeros crimes ocorridos no Estado nos últimos anos sendo tal problema exteriorizado ao público, como exemplo, no caso de repercussão nacional e internacional da vereadora Marielle Franco. Se as polícias do Estado fossem, ao tempo do crime, dotadas de amplos e modernos sistemas de informação, bem como equipamentos e normas institucionais padronizadas a serem seguidos por seus servidores, provavelmente muitas respostas já seriam respondidas e a discussão quanto à federalização do caso sequer seria cogitada na imprensa e nos poderes judiciário, executivo e legislativo.

O raciocínio sobre as funções típicas e atípicas de cada polícia é similar às funções dos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo sob o prisma da Teoria da Separação dos Poderes³ (conhecida também pelo sistema de Freios e Contrapesos ou *Cheks and Balances*), no qual cada polícia exerce suas atividades no âmbito de suas atribuições, porém é possível que realizem atos administrativos diferentes às suas atribuições constitucionalmente

³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 398. Trata-se do sistema de separação dos poderes consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, associado à ideia de Estado Democrático de Direito.



consagradas com vistas a atender aos princípios explícitos e implícitos que regem a Administração Pública na Constituição de 1988.

Importante destacar que não há na doutrina brasileira um conceito fechado e pacificado do que venha a ser Segurança Pública. O que se observa é que o tema está intimamente ligado ao que se denomina “ordem pública”, sendo esta definida por - José Afonso da Silva⁴ como “uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, em curto prazo, a prática de crimes”.

Portanto, é possível afirmar que a segurança pública é o conjunto de medidas e garantias que assegurem a manutenção da ordem pública, traduzindo-se em um convívio pacífico e harmônico entre os membros da sociedade, ou que consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbações de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesas de seus legítimos interesses.

2. POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: ARIBUIÇÕES, INTEGRAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS

A Polícia Militar é o órgão mais presente e visível dentro do aparato de segurança pública montado pela Constituição, e o mais polêmico. Cabe à Polícia Militar o policiamento ostensivo e a “preservação da ordem”, segundo nossa Constituição, tendo ela a finalidade de coerção imediata dos delitos, tumultos e reprimir desordens que afetem a paz social. O seu objetivo enquanto corporação policial, é demonstrar a presença policial nas ruas, ou seja, fazer-se presente como órgão mantenedor da ordem e repressivo, de modo a inibir e reprimir a prática criminal.

Atua também como uma força auxiliar e reserva do Exército Brasileiro e, segundo Paulo Tadeu Rodrigues Rosa⁵, isso significa que em caso de estado de emergência, estado de sítio ou em decorrência de alguma guerra interna ou externa, os integrantes destas corporações poderão ser requisitados pelo Exército Brasileiro para exercerem funções variadas no âmbito da segurança pública além de suas atribuições naturais

⁴ SILVA, José Afonso, *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 126.

⁵ JUS NAVIGANDI. *Juiz-auditor substituto na Justiça Militar do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/missao-das-forcas-policiais-na-republica-federativa-do-brasil>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

constitucionalmente estabelecidas, como por exemplo a logística de suprimentos ou a gestão de equipamentos hospitalares de determinada área.

A Polícia Militar se destacou na ditadura militar, no qual foi encarregada de enfrentar os opositores políticos do regime militar. Sendo assim, foi justamente durante este período que a polícia assumiu um papel profundamente militar tendo em vista que a nomenclatura girava em torno dos ideais, na doutrina e nos métodos inseridos na corporação para os seus agentes. A partir deste marco, fortaleceu ainda mais o militarismo na corporação pautado em suas ações operacionais, bem como em seus equipamentos, treinamentos e a inserção dos princípios tipicamente militares na formação e seleção de seus agentes até os dias atuais.

A segurança nacional e as táticas anti-guerrilha e anti-protestos foram os principais aspectos da formação da polícia sob o regime militar. Esta doutrina de segurança nacional foi usada para motivar, justificar e defender as inúmeras atrocidades que aconteceram ao longo dessas duas décadas. Tortura e morte foram generalizadas, e a impunidade quase garantida. Os esquadrões da morte, como a *Scuderie Detetive Le Cocq* liderados pelos ‘Homens de Ouro’, eram compostos por policiais que realizavam segurança particular para empresários locais, principalmente nas favelas. Estes grupos são os antecedentes das milícias dos últimos anos.

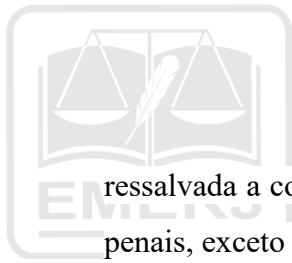
Sua positivação na Constituição está prevista § 5º do artigo 144 da Constituição Federal⁶: “às polícias militares cabem à polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”. Porém, com o objetivo de descentralizar as ações do Comando-Geral da polícia militar, surgiram comandos intermediários chamados de Comando de Policiamento de Área (CPA), que ficam responsáveis pela organização e mobilização do policiamento em cada região do estado do Rio de Janeiro, adaptando a PM às realidades locais.

Assim, com sua estrutura operacional comportando 42 batalhões no território do Estado do Rio de Janeiro, bem como suas unidades especializadas, nota-se que a polícia militar não atua somente no que está estabelecido constitucionalmente. Sendo ela subordinada ao chefe do Poder Executivo juntamente com a polícia civil, é dotada de certa autonomia e discricionariedade quanto a certos métodos operacionais no combate a criminalidade, que na maioria das vezes são bem sucedidas.

Já a Polícia Civil teve a sua primeira menção feita na Constituição de 1988⁷, no art. 144, §4º: “As polícias civis dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem,

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 dez. 2019.

⁷ Ibidem.



ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Surgiu em 1975 com a fusão do Estado da Guanabara e o Estado do Rio de Janeiro, ensejando a união das polícias civis de ambos, com considerável aumento da área de atuação territorial e a adoção do nome de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.

A polícia civil tem papel de extrema importância no Código de Processo Penal brasileiro, pois tal lei estabelece atribuições que somente ela, por meio de seus servidores podem realizar, ainda que a ação penal pública seja de titularidade de outro órgão magnífico, qual seja, o Ministério Público. Quando o CPP trata de inquérito policial logo no início da codificação, traz aspectos importantíssimos nos quais somente a polícia civil pode realizar. Não à toa posteriormente entrou em vigência a importantíssima Lei nº 12.830/2013⁸ que dispõe sobre a investigação policial conduzida pelo delegado de polícia com o único objetivo de apurar as circunstâncias, a materialidade e a autoria das infrações penais. Pôs fim também em antiga discussão acerca do ato de indiciamento que gerava controvérsias processuais na figura do promotor de justiça e do juiz, estabelecendo que somente o delegado de polícia tem este poder, ou seja, o poder de indiciar.

Tendo o legislador determinado claramente as atribuições de cada órgão, suas definições e campos de atuação, bem como a criação de novas leis para combater o crime e efetivamente estabelecer as diretrizes de cada uma delas, a pergunta que se faz é saber o porquê que ao longo desses anos todos a segurança pública não funcionou de maneira eficaz, prendendo quem viola o ordenamento jurídico e ao mesmo tempo protegendo os direitos dos cidadãos que agem dentro da lei. Por que passou a ser rotina nas entrevistas das autoridades a expressão “enxugar gelo”?

Embora a legislação penal e processual penal sofra inúmeras críticas no que diz respeito a sua aplicação ser branda em diversos crimes, é possível visualizar mudanças relevantes ocorridas recentemente sendo a principal delas o pacote anticrime que entrou em vigor no país no dia 23 de janeiro de 2020, além de algumas decisões jurisprudenciais que mostra que o legislador está preocupado em fazer o sistema penal funcionar, embora desnecessariamente em alguns julgados, seja na aplicação das leis modificadas, seja no *modus operandi* dos órgãos responsáveis pela segurança pública.

⁸ BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013. Acesso em: 11 dez. 2019.



Como exemplo, foi preciso o STJ determinar que a prisão em flagrante realizada por guarda municipal⁹, órgão do município que é destinado à proteção de seus bens, serviços e instalações (art. 144, §8º CRFB), é lícita. Ou seja, uma prisão em flagrante sendo o dever do Estado e uma faculdade do particular (art. 301 do CPP) não deve o legislador e nem os tribunais superiores ficarem debatendo em algo que já está estabelecido, já é claro para se assegurar a ordem pública em uma sociedade. Guarda municipal dos municípios também atuam na segurança pública auxiliando principalmente a polícia militar.

Do mesmo modo, não devem os órgãos responsáveis pela segurança pública atuar de forma isolada, tornando demorado e desprovido de transparência a prestação desse serviço público tão essencial para a população. Um dos pontos de conflito entre as polícias, por exemplo, é resultante dos atritos e tensões a respeito de onde começam e terminam o policiamento ostensivo e a investigação (atribuição da polícia civil). Com base nestas divergências de atribuições, muitas vezes empreendem-se ações divorciadas e com pouca articulação de informações e estratégias entre essas organizações.

Além disso, a desatualização da legislação penal juntamente com o sucateamento e ineficácia dos órgãos responsáveis pela segurança pública levaram o STF a decidir que o Brasil vive atualmente em um Estado de Coisas Inconstitucional¹⁰ que tem origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC) diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Tem por finalidade a construção de soluções estruturais voltadas à superação desse lamentável quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face das omissões do poder público.

Essa falta de sintonia resvala nas três esferas diretamente ligadas à segurança pública no Brasil e especificamente no Rio de Janeiro: na população que espera um serviço de qualidade e fundada nos princípios básicos da administração pública; nas polícias com o seu sucateamento e desestímulo dos servidores que a integram; e na população carcerária que sofrem em condições precárias. Na sessão plenária de 09 de setembro de 2015, o STF, ao deferir parcialmente o pedido de medidas cautelares, proposta em face da crise do sistema carcerário brasileiro, reconheceu expressamente a existência desse Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, ante as graves, generalizadas e sistemáticas violações de direitos fundamentais da população carcerária.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 421954 SP*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/561891998/habeas-corpus-hc-421954-sp-2017-0276797-8/relatorio-e-voto-561892049>. Acesso em: 11 fev. 2020.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 11 fev. 2020.



Nas últimas décadas uma série de fatores levou ao colapso da segurança pública no Estado do Rio de Janeiro. Como exemplo, é possível citar a falta de investimento suficiente para a pasta, que se traduz como baixos salários aos policiais; a formação deficiente destes servidores; a insistência no modelo da guerra como metáfora e como referência para as operações de segurança pública; casos de corrupção policial; casos de corrupção dos gestores políticos; dentre outros.

3. POSSÍVEIS MEDIDAS DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO, APLICANDO-SE A LEGISLAÇÃO PENAL E ORÇAMENTÁRIA

Como já visto, são os Estados os atores principais no campo da Segurança Pública embora haja também a nível federal a Polícia Federal, as Polícias Rodoviária e Ferroviária Federal, além de outros órgãos como a Força Nacional e a Agência Brasileira de Inteligência. Os Estados com suas duas forças policiais não executa o chamado "ciclo completo" de segurança pública, que vai da prevenção à repressão, o que suscita problemas de duplicidade e rivalidade entre ambas.

E, por força de determinação constitucional, cabendo à polícia militar o policiamento ostensivo e administrativo e à polícia civil as atividades de polícia judiciária, passam a surgir algumas propostas de unificação das polícias¹¹, como se fosse possível unificar funções cuja formação profissional e regras de ordem prática são bastante distintas. Em qualquer organização policial do mundo, havendo ou não comando unificado, essas funções são separadas e redundam em culturas institucionais distintas.

Superado este entendimento pelo menos em parte nos dias atuais (há quem ainda considera válido o argumento de unificação das polícias)¹², parte-se para medidas que foram eficazes no combate à criminalidade no ano de 2018 em diante e também nas propostas plausíveis para este ano de 2020 e 2021 na seara da segurança pública sem, obviamente, comprometer o orçamento do Estado.

Apesar da cultura dos vários governantes do passado e do presente pautar-se mais incisivamente na repressão do que na prevenção, principalmente diante de casos de repercussão, e também das deficiências já citadas das polícias, é plenamente possível vislumbrar uma futura mudança de paradigma na segurança pública do Estado.

¹¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório final da Comissão especial de estudo da unificação das polícias civil e militar*. Presidente: Dep. Delegado Edson Moreira (PR/MG), Relator: Dep. Vinicius Carvalho (PRB/SP). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes>. Acesso em: 11 fev. 2020.

¹² BRASIL. Câmara Legislativa. Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 430/09 cujo autor da proposta foi o Deputado Celso Russomanno (PP-SP). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/>. Acesso em: 11 fev. 2020.

Entre as várias experiências é possível citar algumas em um rol exemplificativo como exemplo: a polícia comunitária de proximidade com agentes treinados e capacitados para essa finalidade nas comunidades mais carentes acolhendo-se a população vulnerável; fortalecimento das ouvidorias ou corregedorias das polícias com a finalidade de coibir eventuais desvios de condutas dos agentes nos exercícios de suas atribuições e sob o prisma na nova lei de abuso de autoridade ¹³garantindo o anonimato do denunciante em caso de necessidade; uso da tecnologia a favor das polícias, bem como o georreferenciamento ¹⁴ para mapear as áreas e horários de maior incidência criminal, com a finalidade de dirigir o patrulhamento preventivo a esses pontos críticos e também montar estatísticas de mancha criminal em determinado perímetro; investimento e manutenção de setores especializados de cada polícia dotadas de expressivos resultados nos últimos meses tendo como exemplo a patrulha Maria da Penha (da polícia militar) ¹⁵ e da Divisão Antissequestro (da polícia civil); a questão da informação policial com o auxílio principalmente da tecnologia a favor da segurança pública através da informatização, racionalização e arquivo de denúncias e dados de inteligência tomando como exemplo o programa Delegacia Legal implantado no final da década de 1990 modificando substancialmente, de forma integrada e centralizada, o modo de operação dos policiais civis; outras tentativas de integrar a atuação das polícias militar e civil tendo como exemplo o projeto piloto do Estado do Pará que criou uma academia conjunta para as duas polícias, sem no entanto, unificá-las, de forma que a convivência entre elas pudesse desde o princípio da formação ajudar a superar desconfiâncias e divergências.

O principal problema do governo do Estado do Rio de Janeiro atualmente e para este ano de 2020 que se inicia é a recuperação fiscal, apesar de contar com um orçamento de mais de R\$ 100 milhões ¹⁶para pôr em prática os planos na área da segurança pública. Dentre eles, estão a ampliação do bem sucedido programa Segurança Presente que já é uma forma de integração entre as polícias pois trata-se de um programa de polícia de proximidade que é

¹³ BRASIL. *Lei n° 13.869*, de 05 de setembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019. Acesso em: 11 fev. 2020.

¹⁴ Recurso usado, geralmente pelo INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), como forma de padronizar a identificação de imóvel rural, tendo como principal finalidade o levantamento das características do imóvel. No caso de ações policiais, seria utilizado para o mapeamento de áreas hostis, tendo em vista que grande parte das favelas avançam sobre áreas de preservação ambiental. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4449.htm. Acesso em: 11 fev. 2020.

¹⁵ SECRETARIA DE ESTADO DE POLÍCIA MILITAR. *“Patrulha Maria da Penha – Guardiões da Vida”*. Programa estratégico, concebido através de parceria com o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, para prestar, em todo o território estadual, um atendimento estruturado e especializado aos casos de violência doméstica – Lei n° 11.340/2006. Disponível em: <https://sepm.rj.gov.br/>. Acesso em: 11 fev. 2020.

¹⁶ O DIA. *“A Segurança Pública é uma de nossas prioridades”*. Segundo o Secretário de Governo e chefe de gabinete do atual governo do Estado, Cleiton Rodrigues em entrevista ao jornal o dia em 02 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.odia.ig.com.br/colunas/informe-o-dia> e no Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLOA) 2020. Disponível em: <http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/>. Acesso em: 11 mar. 2020.



composto por policiais militares, civis, bombeiros militares, assistentes sociais e egressos das forças armadas e que vai aos bairros. Os policiais deste programa não são subordinados ao comando da corporação e sim pelo Secretário de Governo, que passam por treinamento específico para o programa e os agentes civis ajudam nas abordagens e os assistentes atuam nos casos de pessoas em situação de rua. O Segurança Presente é bem sucedido até o momento porque é feito um mapeamento da taxa criminal do local onde os criminosos atuam e a partir daí instala-se um plano de trabalho.

Além da ampliação do Segurança Presente, haverá a remodelação da Barreira Fiscal que também conta com servidores das duas polícias e que passará a ser chamado de Segurança Presente Volante, não sendo mais móveis nos pontos de fiscalização sendo semelhantes aos procedimentos da Lei Seca.

No que toca a atividade investigativa, é uma área que esta sendo valorizada nos últimos meses sendo certo que receberá investimentos no ano de 2020 principalmente porque, como exemplo, o Estado do Rio de Janeiro é o único Estado que tem um departamento de combate à lavagem de dinheiro do Brasil que, vale dizer, é um dos pilares ao combate à corrupção e à milícia atuante em diversos pontos do Estado.

Nos últimos meses operações de sucesso tem elevado a confiança da população nas ações da polícia civil, pois esta vem apresentando resultados satisfatórios mesmo com déficit de servidores. Como exemplo destaca-se a diminuição de roubos na região da baixada fluminense onde, através da tecnologia, é possível o compartilhamento e troca de informações entre as 19 unidades policiais da baixada, resultando nos últimos seis meses um recorde de apreensão de coisas e pessoas. Segundo o diretor do Departamento de Polícia da Baixada, além dos crimes contra o patrimônio, a iniciativa teve bons resultados em relação a outros crimes, além ainda de outras iniciativas que facilitam a vida dos agentes como os incentivos o trabalho na área de inteligência (com treinamento) e até mesmo autorização para a queima de material entorpecente apreendido gerando menos trabalho aos servidores.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise categórica e minuciosa do que vem a ser os elementos mais aprofundados sobre o tema segurança pública, muitas vezes confundida pela sociedade como um serviço público somente no que diz respeito ao patrulhamento ostensivo e, na atividade repressiva, ações de investigação e indiciamento por parte da polícia judiciária. Para tanto, a pesquisa apresentou dados sobre o que esta sendo



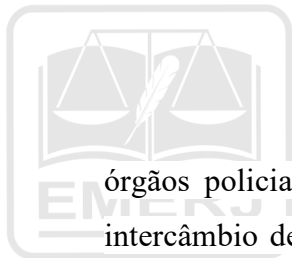
efetivamente empregado na pasta com a finalidade de ao mesmo tempo o Estado prestar um serviço público essencial de qualidade e combater a criminalidade, seja contra quaisquer crimes tipificados no código penal, seja no combate às grandes organizações criminosas.

É notório que a pasta da segurança pública sofreu significativo baque depois do boom dos grandes eventos esportivos que aconteceram na cidade do Rio de Janeiro, resultante da péssima gestão do governo anterior devido ao descaso da administração somado aos escândalos de corrupção que se espalhou, vale dizer, também aos outros setores essenciais da administração pública estadual. O legislador em verdade, pela pressão sofrida nacional e internacionalmente para que os eventos dessem certo, fez sua parte tendo como exemplo a criação dos crimes de plástico que são condutas delitivas que, em determinado momento histórico, em determinada sociedade, passam a figurar entre os crimes. Mais ainda, são crimes que podem também ser entendidos como emergentes, ou seja, surgem na medida em que a sociedade se “desenvolve”, onde foi necessário tal situação no contexto das Olimpíadas e na Copa do Mundo.

A indagação feita no desenvolvimento desta pesquisa é no sentido de que a sociedade precisa de mais resultados positivos e efetivamente concretos na vida de cada cidadão, não sendo suficiente a mera presença das forças nas ruas. É necessário mais que isso, de uma gestão eficiente e uma remodelação do funcionamento de cada órgão policial do Estado para, posteriormente, avançar para etapas seguintes como a efetiva integração, informatização e modernização das polícias militar e civil.

A partir do ano de 2018 sendo a pasta da segurança pública uma das prioridades do atual governo junto ao repasse das verbas federais através da Intervenção Federal (em 2018), verificou-se que uma evolução substancial tanto na polícia militar quanto na polícia civil do Estado. Materiais básicos, antes em falta, já não fazem parte do cenário atual, assim como a contratação e capacitação de mão de obra na polícia militar e nos preparativos para contratação para a polícia civil neste ano de 2020. Assim como os novos equipamentos e instalações nas repartições de cada órgão, como novas viaturas, novos armamentos, escolha de novas pistolas com qualidade superior as que eram utilizadas pelos servidores e etc.

Deste modo, inevitavelmente já é possível verificar os resultados nas ruas impulsionados também, vale dizer, pelo programa citado anteriormente denominado Segurança Presente atuando nos grandes centros comerciais nas grandes zonas metropolitanas do Estado, agindo diretamente no combate aos crimes de rua, tão comuns principalmente próximos a datas festivas. Além disso, foi possível perceber também expressiva queda nos números de delitos que requerem uma atuação mais profunda dos



órgãos policiais em suas atividades investigativas e que envolvem o uso da tecnologia e intercâmbio de informações entre elas, podendo citar os roubos de cargas nas rodovias, os sequestros de empresários e principalmente o combate às organizações criminosas que atuam no tráfico de armas, drogas, pessoas e materiais contrabandeados.

Assim também é possível vislumbrar um cenário promissor à pasta em um futuro próximo, sendo indispensáveis recorrentes investimentos no sentido de manter os órgãos incumbidos pela segurança da sociedade independentes, autônomos e sem interferências externas que possam prejudicá-los. O cenário do mundo atual mudou abruptamente em relação há dez anos atrás principalmente por causa da tecnologia e da sua velocidade, então já é possível concluir-se que um dos setores mais importantes para investimentos nas polícias é o da tecnologia da informação e não mais a cultura de enfrentamento que colocam a vida de pessoas inocentes em risco (no caso da polícia militar). Para futuras pesquisas seria importante aprofundar-se nos métodos operacionais que as polícias dos países mais modernos do mundo utilizam através da tecnologia para que, através de intercâmbio, seja possível utilizar os mesmos equipamentos pelo Estado brasileiro. Importante frisar que já estão sendo implementados certos métodos como testes, a exemplo do reconhecimento facial em grandes eventos com a finalidade de identificar criminosos, em convênio entre o disquetenúncia e a empresa britânica Staff of Technology Solutions, já realidade em vários países. Assim, o Estado deverá acompanhar as atualizações que são impostas por força da velocidade da modernização na área de tecnologia no mundo e conseqüentemente irá melhorar a prestação de serviço público na área da segurança pública.

REFERÊNCIAS

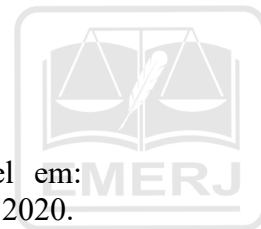
ARMELLE, Enders. *A História do Rio de Janeiro*. 3ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório final da Comissão especial de estudo da unificação das polícias civil e militar*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/>. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. *Código de Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 11 fev. 2020.



_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. *Decreto nº 4.449*, de 30 de outubro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4449.htm. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. *Lei nº 12.830*, de 20 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013. Acesso em: 11 dez. 2019.

_____. *Lei nº 13.869/19*, de 05 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental nº 0003027-77.2015.1.00.0000*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus: 421954 SP*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/561891998/habeas-corpus-hc-421954-sp>. Acesso em: 11 fev. 2020.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

JORNAL ODIÁ. *A segurança Pública é uma das nossas prioridades*. Disponível em: <https://odia.ig.com.br/colunas/informe-do-dia>. Acesso em: 11 fev. 2020.

JUSBRASIL. *Direito constitucional e Segurança Pública: evolução histórica e análise do atual modelo*. Disponível em: <<https://rblancog.jusbrasil.com.br/artigos/151841294>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

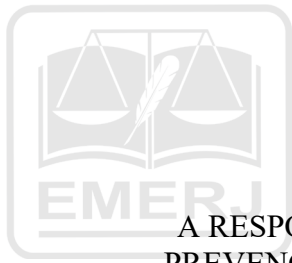
JUS NAVIGANDI. *Missão das forças policiais na República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/missao-das-forcas-policiais-na-republica-federativa-do-brasil>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

SECRETARIA DE ESTADO DE POLÍCIA MILITAR. *“Patrulha Maria da Penha – Guardiões da Vida”*. Disponível em: <https://sepm.rj.gov.br/>. Acesso em: 11 fev. 2020.

SENTO-SÉ, João Trajano. *Prevenção da violência: O papel das cidades*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 9 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014.



A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO NA PREVENÇÃO DE NOVOS DESASTRES AMBIENTAIS: CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO COMO SOLUÇÃO?

Eduardo Nogueira Lopes

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – o direito ambiental cada vez mais vem ampliando a proteção ao meio ambiente. Com a crescente necessidade de desenvolvimento de um meio ambiente sustentável, a responsabilidade ambiental se torna fundamental para o estudo. A prevenção de danos ambientais só ocorrerá de forma eficiente a partir da busca de medidas eficazes que inibem a degradação do meio ambiente, seja através de uma definição de como deve ser quantificado esse dano, seja com a introdução de uma indenização de caráter punitivo-pedagógico que coíba futuros desastres ambientais.

Palavras-chave – Direito Ambiental. Responsabilidade civil ambiental. Caráter Punitivo-Pedagógico. Parâmetros para quantificar o dano ambiental.

Sumário – Introdução. 1. Responsabilidade Civil Ambiental: debate sobre as formas de reparação do dano causado ao meio ambiente. 2. Da possibilidade jurídica de aplicação de indenização de caráter punitivo-pedagógico. 3. A busca pela quantificação dos danos ambientais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica enfoca na temática que envolve a responsabilidade ambiental no Brasil, a aplicação de um caráter punitivo-pedagógico para a prevenção de desastres ambientais, bem como a busca de meios para valorar o dano causado. Assim procura-se discutir um tema de suma relevância para a sociedade atual, uma vez que há uma busca crescente pela proteção ao meio ambiente e com isso uma evolução da legislação ambiental.

Assim o trabalho tem como objetivo discutir se os meios de responsabilização ambiental previstos na legislação brasileira são realmente eficazes para a prevenção de novos desastres ambientais. Consta-se que muitas vezes as formas de reparação usadas não são suficientes para se evitar novos danos.

O mundo ao longo das últimas décadas começa a ter consciência da proteção do meio ambiente devido a uma sociedade que, em busca de avanços tecnológicos, impacta de grande forma o planeta. Adquire-se cada vez mais a noção de que o meio ambiente é um recurso finito que está chegando à exaustão.

Devido a essas circunstâncias houve um movimento mundial de constitucionalização de normas protetivas de um meio ambiente equilibrado. O Brasil, seguindo essa tendência, incorporou no art. 225, da CRFB/88 como direito fundamental digno de proteção do Estado, o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com isso, busca-se associar o crescimento econômico com a ideia de sustentabilidade valorizando o meio ambiente, mas também a própria dignidade da pessoa humana que tem direito a uma qualidade de vida sadia.

Em virtude de grandes desastres ambientais ocorridos no país, a responsabilidade civil ambiental ganha destaque na sociedade, pois surge uma preocupação se os instrumentos jurídicos criados são eficazes para a prevenção de danos ambientais.

Assim, no primeiro capítulo o trabalho analisa as formas de responsabilização ambiental existentes no Brasil, bem como se são meios efetivos para a prevenção de novos danos causados ao meio ambiente, pesquisando como vem sendo realizada essa responsabilização nos desastres ambientais ocorridos recentemente no país.

No segundo capítulo, busca-se analisar a legislação ambiental brasileira, defendendo a necessidade de aplicação de uma responsabilidade de caráter punitivo-pedagógico para a proteção de novos danos ambientais, visto que muitas vezes apenas a reparação do dano sofrido não é suficiente para se reprimir a conduta do agente que levou ao dano ambiental, pois se tem percebido uma forma reiterada das condutas adotadas.

No terceiro capítulo a pesquisa se foca na forma de quantificação dos danos ambientais e na necessidade de se criar parâmetros para a valoração da responsabilidade uma vez que trata-se de um bem de valor inestimável, trazendo grandes incertezas para os cálculos das indenizações, que em muitos momentos não tem o efeito reparador que se almeja.

A pesquisa será desenvolvida pelo método dialético, realizando uma análise que contribua com a evolução dos estudos sobre o tema.

Para tanto, a abordagem do objeto dessa pesquisa jurídica será do tipo qualitativa, se valendo da bibliografia sobre a temática discutida e utilizando de textos normativos, jurisprudências e textos já publicados sobre o tema, a fim de sustentar a sua tese.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL: DEBATE SOBRE AS FORMAS DE REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE

O meio ambiente tem um papel fundamental hoje em todos os aspectos da vida humana, seja em relação à saúde, a economia e a um desenvolvimento sustentável. Devido a

sua grande importância a Constituição da República em dois artigos previu expressamente a defesa do meio ambiente.

O art. 170, IV da CRFB/88¹ prevê a defesa do meio ambiente, incluindo um tratamento diferenciado de acordo com o impacto ambiental promovido pelo produto ou serviço. Assim a defesa do meio ambiente foi tratada como um verdadeiro princípio da atividade econômica.

O art. 225, caput da CRFB/88² diz que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Nota-se claramente um dever imposto ao Poder Público na defesa de um meio ambiente sustentável.

No próprio artigo 225, §3º da Constituição da República, citado anteriormente, traz a ideia das sanções penais e administrativas, bem como a obrigação de reparar os danos causados. É nessa previsão que surge a dúvida se os meios de responsabilização ambiental existentes no Brasil são eficazes para prevenir futuros desastres.

A Lei nº 6.938/81³ dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e em seu artigo 14, prevê algumas penalidades, não excetuando as que forem criadas por legislação federal, estadual ou municipal. No mesmo artigo o parágrafo primeiro tem a seguinte redação:

Art 14, da Lei nº 6.935/81: Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Logo o legislador deixou claro que a responsabilidade ambiental é objetiva pois o poluidor independentemente de culpa é obrigado a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros. É nessa seara que se entende a ideia do princípio do poluidor-pagador que impõe àquele que causou os danos ambientais, os custos e consequências advindas da poluição por ele gerada.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

²Ibidem.

³BRASIL. *Lei nº 6.938/81*, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

Além disso o art. 3º, caput e parágrafo único da Lei nº 9.605/98⁴ - Lei de Crimes Ambientais - prevê a responsabilização da pessoa jurídica que não exclui a responsabilidade das pessoas físicas, autoras, coautoras, ou partícipes do mesmo fato.

O meio ambiente, pela leitura da Constituição Federal e dos artigos expostos, apresenta três formas de proteção. A primeira é a preventiva, através de políticas públicas de preservação do ambiente e educação ambiental juntamente de uma conscientização da importância do meio ambiente.

A segunda forma de proteção do meio ambiente é a repressiva demonstrada pelas sanções administrativas e penais para quem realizar condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Por fim a terceira forma é a reparadora, na qual o infrator tem o dever de reparar os danos causados se encaixando nessa forma a responsabilidade civil ambiental.

Antes de adentrar na responsabilidade civil ambiental, é importante definir o conceito de dano ambiental. Em nenhuma legislação brasileira esse conceito é determinado, trazido somente pela doutrina que é enfática em dizer que se trata de um conceito aberto e de certa dificuldade para definir.

Nas palavras de Paulo de Bessa Antunes⁵ “dano ambiental, portanto, é a ação ou omissão que prejudique as diversas condições, leis, influência e interações de ordem física, química e biológica que permita, abrigue e reja a vida, em quaisquer de suas formas.”

Apesar de muitos doutrinadores, como por exemplo Édís Miralé e Paulo De Bessa Antunes, escreverem sobre a responsabilidade ambiental, a dificuldade em compreendê-la ainda é grande, visto que os limites jurídicos ainda não são bem claros.

O Brasil ao adotar a responsabilidade objetiva ambiental, escolheu a teoria do risco integral na qual não admite quaisquer excludentes de responsabilidade. Nas palavras de Édís Miralé⁶ “o simples fato de existir a atividade produz o dever de indenizar ou reparar, uma vez provada a conexão causal entre dita atividade e o dano dela advindo.”

Doutrina composta principalmente por civilistas entendem que haveria sim excludentes da responsabilidade. Nesse sentido, Flávio Tartuce⁷:

[...] como ocorre na responsabilidade civil decorrente das relações de consumo, são excludentes, o caso fortuito externo e a força maior externa (eventos externos), que

⁴BRASIL. *Lei nº 9.605/98*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 07abr. 2019.

⁵ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 523.

⁶MIRALÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 433.

⁷TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 12. ed. V. 2. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 645.

não mantém qualquer relação com a atividade desempenhada (risco do empreendimento ou risco do negócio).

No entanto pelas análises dos Tribunais Superiores, percebe-se a adoção da teoria do risco integral demonstrando ser essa a corrente majoritária no país. Esse é o melhor entendimento pois será um dano experimentado por toda a coletividade e o meio ambiente é visto por meio de uma sociedade baseada na solidariedade, em que deve haver por parte de empresas a socialização do risco, assumindo os problemas inerentes da sua atividade profissional.

Nas palavras de Nelson Nery Junior⁸, “a adoção da teoria do risco integral traz como consequências principais a facilitar o dever ressarcitório: (a) a prescindibilidade de investigação de culpa; (b) a irrelevância da licitude da atividade; e (c) a inaplicabilidade de excludentes de causalidade.”

As formas de reparação do dano ambiental se dividem em duas: restauração natural ou *in specie* e a indenização pecuniária. Estas podem ser simultâneas e cumulativas pois o que se busca é a recuperação total do meio ambiente degradado.

A responsabilidade civil ambiental por si só não deve ser vista como melhor solução pois o dano ambiental é de difícil recuperação e reparação. Assim apenas uma indenização pode não ser suficiente, pois é muito difícil que o ambiente degradado se recuperará por inteiro. Por isso a melhor solução será sempre a prevenção.

Dessa forma deve-se buscar um outro caráter para a responsabilidade civil ambiental que não seja apenas reparatória, incumbindo também um caráter punitivo – pedagógico, com objetivo preventivo e inibitório de novos desastres ambientais.

2. DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DE CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO

A indenização de caráter punitivo-pedagógico é aplicada em países do sistema *common law*, surgindo no direito inglês no século XVIII e tendo seu maior desenvolvimento no direito norte-americano com o nome de *Punitive damages*. Essa doutrina diz que a reparação decorrente dos danos morais deve ter duas vertentes.

A primeira vertente se concentra em compensar a ofensa causada à vítima, enquanto a segunda vertente busca punir o autor da lesão para que este se sinta desestimulado a cometer

⁸NERY JR. apud MIRALÉ, op. cit., p. 434/435.

novamente o ilícito, ao mesmo tempo que serve de exemplo para a sociedade de forma que nenhum membro se sinta encorajado a cometer a mesma conduta delituosa.

Nesse sentido, Salomão Resedá⁹ apresenta o seguinte conceito de *Punitive damage*:

Um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimulá-lo à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e conseqüente função social da responsabilidade civil.

Assim, fica clara essa dupla função do *Punitive damage* buscando a contenção e prevenção de futuros danos. Com isso fica assegurado a paz social e harmonia pois se tem uma certa garantia de que os transgressores não praticarão mais crimes semelhantes pelo qual outro transgressor foi punido.

A aplicação da doutrina do *Punitive damage*, também conhecida como Teoria do Valor do Desestímulo, no direito ambiental seria necessária pois a maioria das vezes se depreende a insuficiência da reparação civil e das indenizações compensatórias comparado ao lucro obtido pela atividade degradadora ou poluidora.

Importante ressaltar que aplicando essa indenização punitivo-pedagógica não se descarta a necessária aplicação das indenizações compensatórias e reparatórias. Trata-se na verdade de um acréscimo no rigor da condenação civil para que ocorra justamente um desestímulo de novas práticas e assim tenha também um caráter pedagógico.

Para que também não ocorra um abuso na aplicação desses valores, o direito norte-americano estabeleceu critérios quanto a aplicação do *Punitive damage*. São basicamente três critérios adotados: o grau de reprovabilidade da conduta do réu; se é conduta única ou reiterada; se a ação foi intencional, fraudulenta ou acidentária. Dessa forma deve analisar caso a caso as circunstâncias que levaram ao dano observando se houve dolo, malícia ou fraude.

Na doutrina brasileira há grande discussão sobre a aplicação desse instituto. Questiona-se que haveria uma violação a separação da esfera cível e penal além de configurar afronta ao devido processo legal na forma do art. 5º XXXIX da CRFB/88¹⁰. Além disso também violaria o art. 5º, V e X da CRFB/88¹¹ visto que só há previsão de indenização por danos materiais e morais definida na medida da lesão sofrida. Por fim, outra crítica é que ocorreria um enriquecimento indevido ou sem causa, o que é proibido pela lei do país.

⁹RESEDÁ, Salomão. *A Função Social do Dano Moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 225.

¹⁰BRASIL, op.cit., nota 1.

¹¹ Ibidem.

Entendendo dessa forma Rodrigo Mendes Delgado¹²:

Portanto, o que o dispositivo constitucional permite é que se defira uma indenização, por danos morais ou materiais, podendo ser concedidos ambos, cumulativamente, pois, a Súmula n.º 37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) permite essa cumulação. Todavia, em momento algum o permissivo constitucional menciona uma verba a ser concedida a título de danos punitivos, ou danos exemplares, porquanto isso feriria de forma brutal a Carta Republicana de 1988. No Brasil, essa teoria é, destarte, impraticável. Para sua implantação, seria necessário que se elaborasse uma nova Constituição. Caso contrário, qualquer pretensão neste sentido, já nasce fadada à inconstitucionalidade, uma vez que não se coaduna com o sistema constitucional em vigor. Ademais, consoante já dito, a teoria do valor do desestímulo cria um ilegal sistema híbrido, mesclando o Direito penal e o Direito civil.

Já em sentido contrário, defendendo a aplicação do *Punitive damages* no direito brasileiro está o jurista Carlos Alberto Bittar¹³:

Adotada a reparação pecuniária – que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos –, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É a fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos *punitive* ou *exemplar damages* da jurisprudência daqueles países.

Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que, sinta efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.

Em relação à destinação do valor em dinheiro arrecadado pelo *Punitive damage*, a doutrina norte americana busca atribuir destinação diversa de parte do valor da condenação ou de sua totalidade a um fundo público retirando assim a obtenção de lucro para o demandante e seu advogado. Explicitando sobre esse assunto, Nelson Rosenvald¹⁴:

Já se comentava há algum tempo acerca da perigosa superproteção – *overcompensation* – em prol dos sujeitos lesados. Os *punitive damages* constituiriam um ganho inesperado na trama da responsabilidade civil, pois a percepção de uma quantia elevada implicaria em reparações ineficientes e desincentivaria profundamente o comportamento prudente dos consumidores em sua atividade de

¹²DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: Como chegar até ele. Teoria e Prática: Teoria do Valor do Desestímulo*, 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: HH Mizuno, 2011, p. 316.

¹³BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. 3. ed., rev. e atual. por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 232/233.

¹⁴ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 223/224.

evitar danos. Acresça-se a isto a instauração crescente de litígios pela possibilidade dos advogados receberem ganhos cada vez maiores pelos serviços prestados.

Assim, a doutrina brasileira que se mostra favorável a esse instituto sustenta que seria cabível no Brasil como já ocorre por exemplo no art. 13, caput, da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85). Nas palavras de Adriano Stanley Rocha Souza¹⁵:

Pode-se concluir que a aplicação da teoria da indenização civil punitiva se mostra perfeitamente cabível na ação civil pública porque, a sociedade se vê frequentemente vitimada ou ainda espoliada em diversas situações, devendo o ofensor, quando impossível restabelecer uma situação ao seu estado anterior, responder em pecúnia e de forma bastante severa pelo dano causado, evitando-se assim, a reincidência da prática delitiva.

Dessa forma a aplicação do *Punitive damage* deve ser buscado uma vez que a gravidade do dano ambiental é muito mais relevante e maior do que de um dano civil pois atinge toda a coletividade, tratando-se de um bem de valor inestimável e essencial à vida. Além disso grande parte dos danos ambientais não são suscetíveis de reparação pecuniária pois não se pode voltar ao estado anterior que se encontrava antes da degradação.

Depois de tudo exposto percebe-se a grande divergência na aplicação do *Punitive damage* na doutrina pátria. Mas em relação a aplicação no direito ambiental, em razão da essencialidade dos bens tutelados, há uma maior aceitação da aplicação de tal instituto. Nesse sentido, Adriano Souza¹⁶:

O instituto da responsabilidade civil punitiva ao permitir a aplicação da teoria dos *Punitive damages* no ordenamento jurídico pátrio, deve observá-la como de uma teoria de cunho ético, com função pedagógica-preventiva, quando ela busca dissuadir o ofensor de qualquer prática ofensiva ou de grande potencial lesivo que possam ser praticados contra a dignidade da pessoa humana, coletivamente.

Dessa maneira deve-se observar uma outra forma de enxergar a responsabilidade civil ambiental, buscando além da função reparatória uma função punitiva que vise prevenir e inibir ilícitos na seara ambiental haja visto que os danos causados ao meio ambiente dificilmente serão recuperados. Com isso os esforços devem ser aumentados na sua prevenção.

¹⁵SOUZA, Adriano Stanley Rocha; BORGES, Andréa Moraes; CALDAS, Andréa Gouthier. *Dano moral & Punitive damages*. Belo Horizonte, Del Rey, 2013, p. 89/90.

¹⁶Ibidem., p. 97.

3. A BUSCA PELA QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS

Mesmo com um grande avanço na legislação ambiental nos últimos anos para combater e ter um maior controle sobre os danos ambientais, não se observa que houve uma grande redução de tais danos na mesma proporção.

A legislação brasileira estabeleceu que ao responsável pela degradação ambiental é imposto a obrigação de recuperar ou indenizar os danos causados ao meio ambiente conforme se depreende do art. 4º, VII da Lei nº 6.938/81¹⁷ *in verbis*:

Art 4º da Lei nº 6.938/81 - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:
(...)

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

O dano ambiental é de difícil valoração e reparação por isso sempre a melhor saída é a prevenção. Édis Milaré,¹⁸ ao tratar sobre a valoração do dano ambiental, ressalta que:

Por último, o dano ambiental é de difícil valoração, porquanto a estrutura sistêmica do meio ambiente dificulta ver até onde e até quando se estendem as sequelas do estrago.

Com efeito, o meio ambiente, além de ser bem essencialmente difuso, possui em si valores intangíveis e imponderáveis que escapam às valorações correntes (principalmente econômicas e financeiras) revestindo-se de uma dimensão simbólica e quase sacral, visto que obedece a leis naturais anteriores e superiores à lei dos homens.

Nesse mesmo sentido, Paulo de Bessa Antunes¹⁹:

Por muito que se tenha falado sobre o assunto, a realidade é que até hoje, não existe um critério para a fixação do que, efetivamente, constitui o dano ambiental e como este deve ser reparado. A primeira hipótese a ser considerada é a da reprecinação do ambiente agredido ao seu status quo ante. Esta pode ser conseguida por (i) intervenção humana ou por (ii) regeneração natural. Contudo, nem sempre se pode garantir que a regeneração ocorrerá. É o caso por exemplo, de extinções de espécies como externalidade de danos ambientais.

¹⁷BRASIL. *Lei nº 6.938/81*, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 12set. 2019.

¹⁸MIRALÉ, op.cit., p. 323.

¹⁹ANTUNES, op.cit., p. 527.

Com isso fica claro que estabelecer os parâmetros econômicos de uma espécie em extinção ou de uma paisagem natural totalmente degradada não será fácil. Encontrar um valor para recuperação dessas áreas é totalmente complexo e sem resposta fixa.

Assim surge a necessidade de criação de técnicas processuais para que se possa avaliar da melhor forma possível a quantificação econômica do dano ambiental causado em determinada área, visto que muitas vezes a recuperação ou recomposição do ambiente no seu estado anterior será impossível.

Essa incerteza nos limites da responsabilização decorrente do dano ambiental causa dificuldades de aplicação coerente dos dispositivos legais visto que não há uma definição da extensão patrimonial desses danos. Isso é notado em diversas decisões no qual há uma grande diferença de valores para um mesmo dano. Para demonstrar isso a Revista do TCU²⁰ trouxe seguinte exemplo:

Para ilustrar a questão da problemática da quantificação de danos ambientais no Brasil, um exemplo importante pode ser identificado em um estudo realizado pelo Imazon10 (Amazon Institute of People and the Environment), que verificou que no Estado do Pará, o Poder Judiciário, nas transações penais e nos processos de responsabilização civil, atribuiu valores de compensação significativamente diferentes para o metro cúbico de madeira retirada ilegalmente da mesma região (entre R\$ 2,70 e R\$ 1.682,00).

Ainda, segundo o mesmo estudo, em dois dos casos estudados, o Ministério Público Federal efetuou propostas de avaliação de bens apreendidos similares (seis metros cúbicos de madeira) com valores bastante divergentes (R\$ 38.660,00 em um caso e R\$ 485,00 em outro). Esses são exemplos importantes da ausência de um critério único na quantificação de danos ambientais e que, certamente, influenciam a aplicação de penalidades, bem como a compensação por esses prejuízos ao meio ambiente.

Assim nota-se que diante de falta de critérios claros para a valoração dos danos ambientais, fica nas mãos do judiciário estabelecer esses parâmetros, observando o caso concreto para fixar o valor da indenização.

A revista *Novos Estudos Jurídicos*²¹ ao abordar sobre o tema disse:

Assim, podem incidir diferentes metodologias para avaliação e valoração dos danos ambientais, havendo na jurisprudência pátria duas tendências marcantes: uma é a “avaliação dos custos totais das obras e trabalhos necessários à recuperação do meio ambiente e a condenação ao pagamento do valor correspondente”; outra, “é a fixação de determinada soma em dinheiro, objetivando compensar, de alguma forma, a degradação ambiental causada.

²⁰CARVALHO, Henrique Lopes de. A quantificação de danos ambientais e a proteção ao patrimônio ambiental brasileiro – um exercício do direito comparado. *Revista do TCU*, Brasília: TCU, ano 38, nº112, p. 59-70, mai/ago, 2008.

²¹CERVI, Jacson Roberto. Qualificação/Quantificação do dano ambiental indenizável. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 341-368, maio/ago, 2004.

Para se avaliar dos danos ambientais, faz-se necessário auferir valor econômico ao meio ambiente, existindo atualmente algumas técnicas que, embora limitadas, podem fornecer alguns subsídios de grande valia. Como exemplo, destacam-se técnicas baseadas em preços de mercado, para recursos naturais que possuem valor de troca, considerando-se a quebra da produtividade e a perda dos ganhos que determinados danos ambientais possam causar. Para alguns bens ambientais que não se encontram inseridos no mercado, utilizam-se técnicas baseadas em mercados substitutivos ou hipotéticos para, de forma indireta, valorar o bem ambiental. É o caso, por exemplo, da poluição atmosférica, dano que pode ser mensurado com base na desvalorização das propriedades por ela afetadas. Há ainda, técnicas baseadas em pesquisas de opinião, as quais, através de simulação de um determinado dano ambiental, obtêm avaliações pessoais sobre o valor do bem afetado.

Logo, os juízes ao julgar cada caso concreto, diante da enorme complexidade e dificuldade de valorar o dano causado ao meio ambiente deve primeiramente limitar-se aos princípios e normas constitucionais, as leis e regulamentos existentes para analisar o tema.

Há duas correntes doutrinárias para dizer se existem ou não um limite imposto pela legislação para se arbitrar o valor indenizatório do dano ambiental. Uma corrente minoritária defende que a indenização dos danos ambientais é tarifada. Nas palavras de Paulo de Bessa Antunes²²:

No direito brasileiro, existem diversas leis que adotaram critérios para o estabelecimento de mecanismos de tarifação da responsabilidade. A motivação é, evidentemente, a mesma que se fez presente em outros setores do Direito positivo: o elevado investimento, o elevado nível de risco da atividade e, igualmente, a necessidade que o empreendedor tem de prever o montante aproximado de seu risco.

Outra corrente, majoritária, defende que não há essa tarifação visto que os art. 225, §2º e §3º da CRFB/88, bem como o art. 4º, VI e VII c/c 14, §1º da lei 6938/81 não estabelecem nenhum limite indenizatório. Édis Milaré²³, seguindo essa corrente, vai mais além ao propor que sejam estabelecidas novas técnicas processuais para que se busque a completa reparação do meio ambiente lesado, conforme se afirma:

Daí a tendência, de *lege ferenda*, de se instituir em nosso ordenamento jurídico-ambiental novas técnicas processuais, como a criação de uma ação revisional dos danos causados ao ambiente, sempre que os recursos advindos da condenação se mostrarem insuficientes para a completa reparação dos bens lesados.

Essa ideia é muito interessante e que melhor se apresenta para tentar dimensionar um valor indenizatório para recuperação do meio ambiente degradado. Isto porque muitas vezes não é possível no momento em que se está avaliando a indenização, calcular a totalidade do

²²ANTUNES, op.cit., p. 522.

²³MIRALÉ, op.cit., p. 324.

dano ambiental. Uma ação revisional que observe novamente se as medidas adotadas e o valor indenizatório foram ou não suficientes no decurso do tempo é necessária devido à grande particularidade apresentada por esse bem jurídico tão necessário.

CONCLUSÃO

Observa-se como a questão ambiental é de suma importância no mundo atual. E o Direito não pode ficar de lado perante essa constatação. Com isso houve uma crescente importância do estudo do Direito Ambiental e a proteção do meio ambiente como um dos bens jurídicos mais importantes.

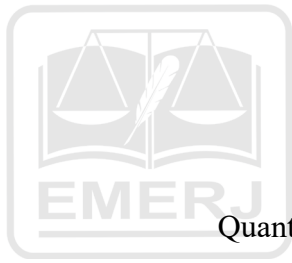
O dano ambiental gera prejuízos a toda sociedade, por isso o grau de destaque que tal matéria apresenta. Buscar soluções para um desenvolvimento sustentável e para prevenções de desastres são essenciais para se ter uma vida saudável nessa geração e nas gerações futuras. Já se sabe que o meio ambiente é um recurso limitado que deve ser preservado diante do avanço desenvolvimentista que o ser humano busca, pois se a sede no avanço tecnológico do homem é ilimitada, não podemos dizer o mesmo dos recursos naturais.

Assim, a responsabilidade ambiental ganha entornos de grande relevância nessa discussão. Deve-se analisar com cuidado esse tema, abordando as nuances necessárias para o debate que se faz.

A proteção ao meio ambiente implementada através da CRFB/1988 e de diversas leis no ordenamento jurídico pátrio deve estar em permanente evolução e acompanhando o mundo globalizado que apresenta mudanças constantes e rápidas a todo momento. E por meio dessa evolução que se debate a aplicação de uma responsabilidade de caráter punitivo-pedagógica no direito ambiental, também chamado no direito norte americano de *Punitive damages*.

Com base na proteção integral do meio ambiente deve-se cada vez mais prevenir danos ao meio ambiente, visto que se trata de um bem de difícil e quase impossível reparação ao seu estado anterior. Assim com a responsabilidade punitivo-pedagógica o que se tem não é só uma prevenção dos danos causados, mas também uma prevenção no comportamento dos atores envolvidos.

Apesar da divergência encontrada para a aplicação desse instituto, tem-se uma maior aceitação no âmbito ambiental por ser o bem jurídico protegido totalmente essencial à coletividade. Portanto essa indenização com caráter punitivo-pedagógico deve ser trazida ao ordenamento pátrio brasileiro de forma definitiva.



Quanto à questão da valoração do dano ambiental, mostra-se que ainda é um tema de grande complexidade e sem uma resposta pronta. Há divergência inclusive se existe ou não uma tarifação do valor indenizatório estabelecida por lei. Apesar disso, técnicas processuais interessantes vêm sendo estudadas e pesquisadas.

Uma dessas técnicas que poderia resolver muitas questões envolvendo a quantificação do dano é uma ação revisional que observe novamente depois de um certo prazo se as medidas e valores adotados até então foram suficientes para se conseguir a recuperação da degradação ambiental, visto que o dano causado ao meio ambiente, na maioria das vezes só pode ser mensurado com o decurso do tempo.

Assim é necessário buscar meios tanto para prevenir a ocorrência de desastres ambientais, como os ocorridos por exemplo em Mariana e Brumadinho, quanto soluções para se chegar a um valor indenizatório que seja satisfatório.

Dessa forma foi apresentado algumas soluções para o enfrentamento de questões tão complexas, certo que a responsabilidade ambiental ainda está em evolução no mundo jurídico e principalmente no ordenamento pátrio.

REFERÊNCIAS

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

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. 3. ed., rev. e atual. por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Lei nº 6.938/81*, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 07abr. 2019.

_____. *Lei nº 9.605/98*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 07abr. 2019.

CARVALHO, Henrique Lopes de. A quantificação de danos ambientais e a proteção ao patrimônio ambiental brasileiro – um exercício do direito comparado. *Revista do TCU*, Brasília: TCU, ano 38, nº112, p. 59-70, mai/ago. 2008.

CERVI, Jacson Roberto. Qualificação/Quantificação do dano ambiental indenizável. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 341-368, maio/ago. 2004.

DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: Como chegar até ele. Teoria e Prática: Teoria do Valor do Desestímulo*, 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: HH Mizuno, 2011.

MIRALÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RESEDÁ, Salomão. *A Função Social do Dano Moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

ROSENVOLD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha; BORGES, Andréa Moraes; CALDAS, Andréa Gouthier. *Dano moral & Punitive damages*. Belo Horizonte, Del Rey, 2013.

TARTUCE, Flavio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 12. ed. v. 2. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



O DESENVOLVIMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA POR MEIO DO PLEBISCITO, DO REFERENDO E DA INICIATIVA POPULAR DE LEI

Eduardo Ponce da Costa

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo –É notória a crise do sistema representativo e, concomitantemente, o engajamento deficitário dos mais diferentes segmentos da sociedade com os rumos da República brasileira. O desenvolvimento dos instrumentos de participação popular, notadamente, três dos existentes no ordenamento jurídico pátrio – o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de lei – pode servir para promover o recrudescimento do interesse e da dedicação dos brasileiros no exercício da cidadania, em atenção à responsabilidade coletiva sobre decisões de grande repercussão.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Democracia Participativa. Plebiscito. Referendo. Iniciativa Popular de Lei.

Sumário –Introdução. 1. Os principais modelos de Democracia e o princípio democrático. 2. O Plebiscito, o Referendo e a Iniciativa Popular de Lei, no Brasil, o Veto Popular e o *Recall* no Mundo.3. Formas de consolidação e aprimoramento dos mecanismos de Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular de Lei. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute os mecanismos mais relevantes relativos à Democracia Participativa, sejam os presentes no direito brasileiro, sejam aqueles existentes em outros ordenamentos jurídicos. Procura-se incentivar o engajamento dos brasileiros no exercício da cidadania, em atenção à responsabilidade coletiva sobre decisões de grande impacto social, políticas públicas e bens públicos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apregoa, no parágrafo único de seu artigo 1º, que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, em consagração à soberania popular.

De fato, o republicanismo preza a emulação à participação popular no exercício do poder e na gestão da coisa pública, em uma autêntica construção coletiva em prol do bem comum.

A forma republicana de governo e o Estado Democrático de Direito brasileiro são indissociáveis de uma legítima democracia participativa. Essas relações intrínsecas merecem uma importante atenção na abordagem desse tema.

O desinteresse dos cidadãos em geral, cada vez maior, pela política e pela vida pública, e as inúmeras críticas aos administradores públicos reforçam a necessidade de ampliar o engajamento, com vistas a melhorar o controle dos atos administrativos, envolver nas decisões sobre os rumos tomados e aumentar o sentimento e a responsabilidade de cada um dos brasileiros para com o universo público.

No primeiro capítulo do trabalho, destaca-se a importância da Democracia Participativa, a partir da leitura de autores clássicos e contemporâneos, sobretudo, para o engajamento dos indivíduos como cidadãos.

Na sequência, no segundo capítulo, analisam-se o Plebiscito, o Referendo e a Iniciativa Popular de Lei – instrumentos de Democracia Participativa previstos no direito brasileiro – e a intensidade de seu emprego, com o propósito de demonstrar a necessidade de ampliação do uso deles por toda a sociedade. É feito também um comparativo com o veto popular e o *recall*, próprios de algumas legislações estrangeiras.

Embarcando no terceiro capítulo, concentram-se esforços nas formas de consolidação e aprimoramento dos mecanismos de Democracia Participativa enfatizados.

A pesquisa foi construída pelo método dedutivo em que, com base nas informações coletadas e apresentadas, valendo-se de uma cadeia lógica de raciocínio, defende-se uma tese.

Para tanto, apoiou-se na bibliografia pertinente à temática em foco, sobretudo, legislação e doutrina, as quais foram submetidas a exame e fichamento na etapa investigatória da pesquisa, em abordagem teórico-qualitativa.

Por isso, não há aqui um comprometimento com a produção de dados estatísticos, mas sim de, por intermédio do pensamento jurídico, analisar o âmago dos institutos objetos deste estudo.

1. OS PRINCIPAIS MODELOS DE DEMOCRACIA E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Ao longo do século XX, as discussões em torno de Estado de Direito e Democracia conduziram ao desenvolvimento do chamado Estado Democrático de Direito.

Luís Roberto Barroso¹ e Ana Paula de Barcellos² elencam elementos intrínsecos de uma “complexa equação” para a constituição e aprimoramento da democracia contemporânea: quem toma ou deve tomar as decisões; como são ou deveriam ser tomadas essas decisões; o

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

² BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 122-123.

que pode ou não ser decidido; e para que serve a democracia. As perguntas relativas a quem e a como entrelaçam diretamente o tema em foco no estudo.

As decisões sobre os rumos da sociedade opõem algumas visões. De um lado, há aqueles que defendem a deliberação e a tomada de providências, exclusivamente, pelos representantes eleitos pelo povo, o que permitiria uma ocupação integral pelas pessoas de suas vidas particulares, sem se imiscuir em questões públicas. Os sistemas políticos, partidário e eleitoral tornam-se o foco de observação e de eventuais reformas nesse espectro.

De outra banda, sustenta-se o máximo de ampliação possível da participação de todos os cidadãos no processo decisório. Aqui, está a identificação com a proposta da democracia participativa. Afirma-se a existência sim do interesse na contribuição e na capacidade de influenciar nas mais diferentes matérias. Sem contar que mais participação denota, conseqüentemente, maior legitimidade da decisão. Evocam-se, para tanto, os instrumentos clássicos da democracia semidireta e mecanismos que possibilitem a participação popular.

Antes de prosseguir, é importante fazer algumas anotações concernentes aos três modelos democráticos principais.

Primeiramente, a democracia direta, cuja referência histórica remete para a democracia de Atenas, na Grécia da Antiguidade Clássica,³ caracteriza-se pelo exercício do poder sem qualquer intermediação, ou seja, de maneira direta pelos participantes. Jean Jacques Rousseau foi o responsável por resgatar na modernidade esse ideário clássico. De acordo com o genebrino, o povo é o único legitimado para o exercício da atividade legislativa e do poder decisório, de forma que a união das vontades individuais expressa a vontade geral. Ele não admite a representação política e a delegação dos poderes populares, sob o argumento de que os interesses em prol do bem comum seriam afetados pelos próprios interesses dos representantes.⁴

O segundo modelo é a democracia indireta, inerente à teoria de representação democrática, cujo arcabouço foi sedimentado a partir da Revolução Francesa de 1789.

³ Registra-se que o regime de participação da pólis grega restringia a cidadania aos homens livres atenienses, excluindo-se, principalmente, mulheres e escravos. A democracia da Atenas Antiga demonstrava o quadro social e econômico estabelecido.

⁴ Fátima Maria Leitão Araújo contrapõe o pensamento de Rousseau – paladino da soberania popular – ao do Abade Emmanuel Sieyès – defensor da soberania nacional. ARAÚJO, F.M.L. Ideias antagônicas na Revolução Francesa: Rousseau e Sieyès nas origens do Estado francês contemporâneo. *Políticas Públicas e Sociedade*, Fortaleza, v.02, n.02, 2001, p. 10.

Aduziram-se dificuldades e impossibilidade de implementação da democracia direta nos moldes rousseauianos e ainda a substituição da figura do Povo pela da Nação.⁵

O francês Abade Emmanuel Sieyès (1748-1836), autor da célebre obra *Qu'est-ce que le Tiers-État?*,⁶ concebeu a fórmula da soberania nacional, atribuindo à Nação a titularidade do poder soberano. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 consagra essa ideia em seu artigo 3º.⁷ O centro de poder, então, fica condensado nos representantes do povo.

Jane Reis Gonçalves sintetiza a noção de democracia representativa:

A noção de *democracia representativa* prende-se, basicamente, a três ordens de ideias: primeiro, a de que o poder político é exercido por intermediários, e não diretamente pelo povo, efetivo titular do poder; segundo, a de que a escolha desses intermediários é feita mediante a participação de todos os indivíduos no gozo dos direitos políticos, e dentro do sistema do sufrágio universal; e, terceiro, de que o mandato político é livre e os representantes atuam com independência, desvinculados dos interesses privados daqueles que os elegeram.⁸

O terceiro modelo é a democracia semidireta. A afirmação do constitucionalismo proporcionou um avanço da implantação dos mecanismos de participação direta da população nos modelos representativos até então imperantes. A conjugação dessas substâncias foi ganhando força nas Constituições europeias, com destaque à Suíça e à França.⁹

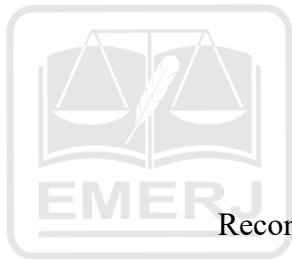
⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. A iniciativa popular no sistema constitucional brasileiro: fundamentos teóricos, configuração e propostas de mudanças. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 08, nº 4. ISSN 2317-7721, p. 1719.

⁶ A tradução livre do livro é “O que é o Terceiro Estado?”. Procura-se revelar a situação e as ambições do Terceiro Estado na França. Chama-se atenção para as considerações preliminares do livro, resumidas pelas três perguntas propostas: “1º) O que é o Terceiro Estado? — Tudo; 2º) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? — Nada; 3º) O que é que ele pede? — Ser alguma coisa.” SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa/ Qu'est-ce que le Tiers-État?*. Organização e introdução de Aurélio Wander Bastos, tradução Norma Azevedo, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. XXXIX.

⁷ Com efeito, Rousseau e Sièyes tiveram forte influência sobre o texto da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. “No título, já podemos ver a influência de Rousseau, com a ostentação dos direitos dos cidadãos, isto é, com o exercício pelo homem dos direitos de cidadania. O artigo Primeiro também está fortemente ligado a Rousseau. Há destacadamente alusão ao princípio da isonomia e à liberdade de que trata Rousseau ao estabelecer a igualdade aos olhos do Direito aos cidadãos. O artigo 4º retrata os limites da liberdade dos cidadãos impostos somente quando em prejuízo de outrem e aos limites de liberdade traçados por eles mesmos na esfera da lei. O artigo 3º traduz precisamente a soberania nacional de Sieyès e a delegação de poderes estabelecida pelo poder soberano da Nação, ocorrendo nítida limitação de poder ao governante. No artigo 6º, considerado o mais rousseauiano de todos, figura a lei como produto da vontade geral”. COSTA, Eduardo Ponce da. O pensamento jurídico, as fontes de Direito e a legalidade no momento revolucionário do século XVIII. *Revista da Escola de Magistratura Regional Federal*. Rio de Janeiro: EMARF – TRF 2ª Região, v. 23, 2015, p. 105.

⁸ PEREIRA, op. cit., p. 1721.

⁹ Conforme exposto por Jane Reis Gonçalves Pereira, na Suíça, a consolidação da participação direta se deu por intermédio da positivação dos institutos do referendo e da iniciativa popular; na França, o plebiscito foi o instrumento escolhido, com o escopo de legitimar a atuação dos governantes. *Ibidem*, p. 1724



Reconhece-se que os instrumentos de participação direta não gozam de exequibilidade autoaplicável e servem, em caráter complementar, à representação política tradicional. Constituem, com isso, a chamada democracia semidireta.

Retoma-se, agora, a discussão nevrálgica com a explicitação de como são ou deveriam ser tomadas as decisões. Para uma parcela de autores, essa indagação não seria tão relevante, porquanto os representantes eleitos e os cidadãos em geral decidem com base nos próprios interesses, de forma que a resposta seria a mais simples possível: pelo voto.

Por outro lado, outros doutrinadores divergem desse posicionamento e sustentam a concepção da democracia participativa.¹⁰ A exposição dos mais diversos pontos de vista, o intenso debate e deliberação e a tentativa de convencimento devem inundar o universo social. O alcance de um grau maior de legitimidade na democracia seria proporcionado justamente por instrumentos que conferissem esse tipo de participação.

No tocante ao conteúdo obrigatório e vedado em uma democracia, ou seja, o que pode ou não ser objeto decisão, nota-se que a posição superior de determinadas matérias é atribuída pelo texto constitucional, sob uma rigidez constitucional.

Ana Paula de Barcellos redige uma lista básica desses conteúdos e inclui: as regras primordiais de funcionamento da própria democracia; a proteção dos direitos fundamentais; desdobrando-se para a garantia das liberdades, do mínimo existencial, dos direitos políticos, dos direitos das minorias, da liberdade de expressão, de eleições periódicas livres; e ainda a publicidade dos atos do Poder Público.¹¹

A última questão é relativa à finalidade da democracia. Assim como as questões de quem e como se entrelaçam, as perguntas sobre o que e para que também guardam uma proximidade. A democracia serve para a garantia das liberdades e da dignidade da pessoa humana.

Uma visão solidarista de democracia exclui da apreciação da maioria esses assuntos, com vistas a salvaguardá-los. Por outro lado, a opinião que restringe o papel do Estado reduz bastante os conteúdos obrigatórios.

Diante disso, entende-se que a democracia participativa não pode abarcar toda e qualquer espécie de debate. Alguns conteúdos devem ser protegidos, uma vez que cercam o mínimo inescusável.

¹⁰BONAVIDES apud BARCELLOS. Op. cit., p. 123.

¹¹Ibidem, p. 125.

2. O PLEBISCITO, O REFERENDO E A INICIATIVA POPULAR DE LEI, NO BRASIL, O VETO POPULAR E O *RECALL* NO MUNDO

No Brasil e no mundo, foram desenvolvidos diversos mecanismos de democracia participativa. Aqui, o objetivo é apresentar alguns destaques daqueles que foram implementados no ordenamento jurídico brasileiro – o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular¹² – e os usados em diferentes países, mas não admitidos pelo texto constitucional – em especial, o veto popular e o *recall*.

O artigo 14 da Constituição da República estabelece que a soberania popular será exercida mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular. A regulamentação dos três é dada pela Lei nº 9.709/1998, a qual pouco esmiúça os institutos.

É preciso diferenciar plebiscito e referendo. O art. 2º da Lei nº 9.709/1998, em seus parágrafos, traz o critério temporal para isso, de forma que o plebiscito é uma consulta prévia aos cidadãos e o referendo consiste em uma consulta posterior.¹³

Humberto Laport de Mello afirma que é mais técnico promover a distinção nos aspectos formal e material. Formalmente, o plebiscito é o instrumento “no qual a população decide através de votação se deseja que determinada medida seja tomada pelo poder público”; já o referendo é o instrumento “pelo qual um ato oficial já definido e delimitado, normalmente com forma de lei ou outro ato normativo, é submetido à ratificação ou rejeição do conjunto da população”. Materialmente, considerando a maior abrangência do plebiscito em relação ao referendo, o autor sugere que as matérias objeto do primeiro sejam listadas em rol taxativo;

¹² Paulo Sérgio Novais de Macedo elenca uma série de dispositivos constitucionais que “podem significar uma maior participação da comunidade nas atividades estatais”. A citar: legitimidade de qualquer cidadão para propor ação popular, em defesa de direito difuso, objetivando anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (Art. 5º LXXIII, CRFB/1988); colaboração de associações representativas da coletividade no planejamento municipal (Art. 29, XII, CRFB/1988), relacionado ao Orçamento Participativo, em âmbito municipal; realização de audiências públicas das comissões do Legislativo com entidades da sociedade civil (Art. 58, §2º, II, CRFB/1988). MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*. v. 45, n. 178, abr./jun. 2008, p. 188-190.

¹³Art. 2º. Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

§1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

§2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

BRASIL. *Lei nº 9.709*, de 18 de novembro de 1998. Disponível em: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

enquanto as do segundo, pela maior restrição, seria suficiente a indicação das matérias vedadas à consulta popular. Isto para evitar sua utilização não democrática.¹⁴

A distinção sobre o ponto de vista material é importante para delinear os limites desses institutos e, assim, conseguir aprimorá-los. As disposições extremamente vagas, abertas e indeterminadas dos textos legal e constitucional denotam uma barreira para a ampliação de seu uso, porquanto possa dar brechas autoritárias, suprimir direitos fundamentais ou gerar grandes inconvenientes.¹⁵

No Brasil, seria possível submeter à votação popular questões concernentes a tributos, finanças públicas e orçamento? Humberto Laport de Mello assevera que, na maioria dos ordenamentos jurídicos, não é possível sujeitar ao consenso do povo essas temáticas pela carga técnica e de complexidade que as envolve e ainda “pela presunção de que o povo sempre irá votar por uma carga tributária menor ou por maiores gastos e investimentos sociais, ainda que essas medidas possam ser contraditórias e venham a provocar consequências indesejáveis”.¹⁶

Convém registrar que a Carta Magna, nos parágrafos terceiro e quarto do art. 18, impôs, expressamente, os plebiscitos territoriais.¹⁷ A nova formação geopolítica de um ente estadual ou municipal precisa passar pelo crivo das populações diretamente interessadas. Essa é uma hipótese de plebiscito obrigatório. Somente se poderá concretizar mudanças na organização político-administrativa após a aprovação em consulta popular.

Diante da rejeição da proposta, seja no caso de estado, seja no de município, a eficácia do resultado é vinculante, ou seja, não poderá ser dado prosseguimento ao processo de

¹⁴ MELLO, Humberto Laport de. *A Democracia participativa e sua institucionalização pela ordem constitucional de 1988*: propostas de desenvolvimento e parâmetros de aplicação do plebiscito do referendo e da iniciativa popular. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 66-67.

¹⁵ Nem sempre se vislumbram imediatamente os desdobramentos de determinadas medidas e nem sempre é fácil perceber quando um plebiscito ou referendo promoverá um remodelamento de direitos ou acarretará sua inviabilização. Exige-se uma avaliação cuidadosa e casuística.

¹⁶ *Ibidem*, p. 70.

¹⁷ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

[...]

§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996) Vide art. 96 – ADCT.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 out. 2019.

formatação do novo ente.¹⁸ Se aprovada a proposta, em se tratando de estado, a eficácia é consultiva, podendo ainda o Congresso Nacional entender em sentido contrário, com fulcro nos artigos 18, §3º, e 48, inciso VI, ambos da CRFB/1988, e art. 4º da Lei nº 9.709/1998; se for município, Laport afirma que “não é claro que o resultado seja apenas consultivo”, pois o §4º do art. 18 da CRFB/1988 e o art. 5º da Lei nº 9.709/1998 não conferem, de maneira peremptória, a decisão final às assembleias legislativas.¹⁹

Entendidos esses pontos sobre plebiscito e referendo, avança-se para a iniciativa popular de lei.

A iniciativa é a primeira etapa do processo legislativo.²⁰ Em momentos históricos distintos, a titularidade do poder de iniciativa coube apenas ao monarca – os parlamentares não podiam apresentar projetos de lei, deliberando tão só sobre as proposições daquele – ou apenas ao Parlamento – no período de pujança das ideias de Montesquieu, que reservava a iniciativa ao Legislativo, em leitura rígida da separação de poderes. Com as modificações na teoria da separação de poderes, partilhou-se essa titularidade entre vários sujeitos.²¹

A distribuição constitucional da titularidade do poder de iniciativa entre múltiplos órgãos ou sujeitos constitucionais foi o modelo incorporado pela Constituição da República de 1988, formando, de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, um sistema de iniciativa pluralística.²²

Convém ressaltar que uma eventual contenção dos personagens capazes de inaugurar o processo legislativo significaria a restrição do governo à influência de um ou outro sujeito. O compartilhamento dessa faculdade são indícios dos vieses democrático e plural.

O artigo 61 é a norma constitucional que enumera os sujeitos a quem cabem a iniciativa de leis complementares e ordinárias, incluindo os cidadãos nesse rol. Jane Reis Gonçalves Pereira assevera que “a capacidade de apresentar proposições legislativas qualifica-se juridicamente como um poder/competência constitucional e como um direito político fundamental”. A natureza de competência constitucional é mais realçada quando

¹⁸ É interessante mencionar o plebiscito sobre a divisão do Pará, o primeiro em âmbito estadual após a Constituição da República de 1988. Por intermédio dos Decretos Legislativos nºs 136 e 137, ambos de 2011, o Congresso Nacional determinou a realização de plebiscito acerca do desmembramento do Pará para a formação de mais dois novos estados: Carajás e Tapajós. O Tribunal Superior Eleitoral decidiu que todo o eleitorado do Pará deveria participar da votação, conforme parágrafo único do art. 1º da Resolução 23.356, em atenção ao disposto no §3º do art. 18 da CRFB/1988 que fala em “população diretamente interessada”. A criação dos estados de Carajás e Tapajós foi rejeitada, respectivamente, por 66,6% e 66,08% dos votos válidos. Devido à força vinculante do resultado denegatório, o processo político de divisão do Pará foi encerrado.

¹⁹ MELLO, op. cit., p. 215-216.

²⁰ Jane Reis Gonçalves Pereira aponta que “é praticamente pacífica na doutrina a concepção de que a iniciativa é o ato deflagrador do processo legislativo”. PEREIRA, op. cit., p. 1725.

²¹ Ibidem, p. 1726.

²² CANOTILHO apud ibidem.

exercida pelos representantes políticos; por sua vez, o emprego pelos cidadãos evidencia o aspecto de direito político fundamental.²³

O parágrafo segundo do artigo 61 exige que o projeto de lei apresentado à Câmara dos Deputados seja “subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”. A Lei nº 9.709/1998 impõe que o projeto de lei de iniciativa popular deve ser circunscrito a um só assunto (art. 13, §1º) e que ele não poderá ser rejeitado por vício formal, devendo a Câmara dos Deputados providenciar as correções (art. 13, §2º).

Na esfera estadual, o parágrafo quarto do art. 27 da CRFB/1988 estabelece que caberá a lei dispor sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual. No plano municipal, o inciso XIII do art. 29 da CRFB/1988 prescreve dois requisitos: a) que o projeto de lei guarde interesse específico do Município, da cidade ou de bairros; b) que haja manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado. Constata-se, pois, que a Constituição conferiu uma ampla liberdade aos entes políticos para disciplinar o tema. As ressalvas ficam por conta apenas das normas de observância obrigatória pelos entes em decorrência da aplicação do princípio da simetria, como as matérias de competência privativa.

Voltando a atenção, então, para os instrumentos estrangeiros, passa-se a estudar, como dito, o veto popular e o *recall*.

O veto popular é o mecanismo por meio do qual o povo pode vetar um projeto de lei. É semelhante ao veto realizado pelo Presidente da República (art. 66, §1º, da CRFB/1988). A singularidade está na impossibilidade de o Parlamento derrubar o veto popular.

Vale assinalar a similitude também com o chamado referendo constitutivo – modelo que obriga a ratificação das medidas já aprovadas pelo poder constituído. No veto popular, submete-se ao crivo popular antes do término do processo legislativo e o que se veta é um projeto de lei. No referendo constitutivo, a consulta popular serve para dar eficácia a norma já aprovada, existente e válida, mas que depende dessa aprovação para produzir seus efeitos.²⁴

Humberto Laport²⁵ garante que o veto popular pode apreciar, além de projetos de lei, projetos de emendas constitucionais ou qualquer outro ato do poder público. O autor menciona como exemplo desta última situação a tentativa do presidente do Conselho Federal

²³ PEREIRA, op. cit., p. 1727.

²⁴ MELLO, op. cit., p. 94-95.

²⁵ Humberto Laport de Mello conta que “apesar de seus méritos, a proposta do presidente da OAB não avançou e foi bastante criticada devido ao fato da figura do veto popular, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro em nível constitucional não poder ser consagrada e produzir os efeitos por ele imaginados apenas através de alterações no Regimento Interno do Senado Federal. Para isso seria necessário uma Emenda à Constituição”. Ibidem, p. 95-96.

da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Cezar Britto, em 2009, por via de proposta de reforma no Regimento Interno do Senado Federal, de permitir o questionamento e a impugnação pelos cidadãos de todas as indicações presidenciais com aval do Senado, com o escopo de melhorar a qualidade da ação dos representantes, tanto do Presidente da República na indicação, quanto do Senado na sabatina.

Por sua vez, o *Recall* ou Voto Destituente se traduz na possibilidade de o povo interromper um mandato eletivo. O ponto nodal desse mecanismo é a destituição de governantes que tenham se revelado manifestamente incompetentes para concretizar o programa político para o qual foram eleitos ou que simplesmente não o dá cumprimento.²⁶

Anota-se que o *Recall* não é compatível com o sistema proporcional, de forma que seu emprego é inerente aos representantes eleitos pelo sistema majoritário. Uma crítica feita por Humberto Laport²⁷ é de que, a depender dos requisitos para a sua deflagração, ele representaria um prolongamento da disputa eleitoral, já que o candidato derrotado poderia tão logo se mobilizar para sujeitar o vencedor ao *Recall*.

3. FORMAS DE CONSOLIDAÇÃO E APRIMORAMENTO DOS MECANISMOS DE PLEBISCITO, REFERENDO E INICIATIVA POPULAR

O primeiro passo que se pode colocar para a busca do incremento dos mecanismos de democracia participativa é, indubitavelmente, o exercício pleno da cidadania com a concretização dos direitos políticos e dos direitos civis. A restrição desses acarreta, imediatamente, o arrefecimento de quaisquer tentativas de expansão democrática.

Outro pilar que precisa estar sedimentado na sociedade é o maior equilíbrio social, de forma que a desigualdade socioeconômica não propicie exclusão, discriminação e dominação. Quando uma sociedade é pautada por discrepâncias abissais, a tendência é a sobreposição da vontade um indivíduo ou um grupo sobre outro, seja pela própria pujança econômica, seja pelo maior grau de instrução que se atingiu. A carência de primariedades, como alimentação, transporte, saúde, educação e moradia, leva, muitas das vezes, à disposição de direitos essenciais, como os políticos, pela sobrevivência, ou ainda à impossibilidade de acesso a informações e a reflexões das mais simples, em evidente cenário de exclusão social.²⁸

²⁶Ibidem, p. 96.

²⁷Ibidem, p. 97.

²⁸ “No caso de países com profunda desigualdade econômica como o Brasil, as relações de dependência social decorrentes dessa desigualdade fazem com que a maioria das pessoas muitas vezes não assumam uma postura cidadã mais ativa por medo. Esse medo é fruto do receio de que aqueles incomodados pelo seu ativismo político

A imposição incondicional de um grupo dominante na sociedade em desfavor de outros minoritários deve ser de todo modo repelida, porque, como dito e aqui se resume, a garantia de direitos fundamentais aos membros de uma sociedade é premissa intrínseca para o Estado Democrático de Direito.

A robustez de mecanismos de democracia participativa pode, em tese, implicar a prevalência contínua dos interesses de determinados grupos, inclusive com a perpetuação deles no poder. Por isso, a democracia participativa não pode ser expandida abrupta e irrefletidamente.

Para tanto, o Poder Judiciário assume papel nevrálgico. Às autoridades judiciárias caberá frustrar as incursões antidemocráticas arquitetadas e executadas, assegurando o respeito à liberdade de expressão, de pensamento, de reunião e a todos os direitos inerentes ao ambiente plural.²⁹

Detidamente sobre o plebiscito e o referendo, faz-se essencial a regulamentação pormenorizada desses institutos pelo legislador. A partir de um regramento mais detalhado, abre-se brecha para um campo vasto de discussões sobre o tema, o que, por conseguinte, pode aumentar a cobrança e a aplicação pelos governantes. Como em um ciclo virtuoso, com a ampliação da consulta popular, mais controvérsias e ideias surgirão para o refinamento desses institutos. Ao mesmo tempo, crescerão a previsibilidade, a segurança jurídica e a legitimidade do sistema jurídico.

Constata-se a inevitabilidade de uma maior educação e conscientização sobre as responsabilidades políticas, a ponto de preencher substancialmente o vazio nefasto de uma cultura democrática participativa. Indeclinavelmente, para viabilizar essa carga de competências, a estrutura normativa que rege os institutos em comento demanda um incremento jurídico.³⁰

ajam em retaliação a elas, as prejudicando de diferentes maneiras, que vão desde prejuízos econômicos até a eliminação física”. Ibidem, p. 43.

²⁹Humberto Laport de Mello estabelece dois parâmetros basilares que devem guiar o Judiciário em sua atividade jurisdicional. No controle de constitucionalidade das leis, o Judiciário deve ser mais deferente com um normativo aprovado por via de mecanismos de democracia participativo do que pelo processo legislativo ordinário. O segundo parâmetro traçado é justamente uma exceção ao primeiro. Nesse sentido, assinala-se que a aprovação por instrumento de consulta popular a respeito do núcleo essencial dos direitos fundamentais de minorias não significa uma resistência especial ao controle judicial, sofrendo o exame de constitucionalidade da mesma forma que outra lei ou ato normativo submetido ao crivo da corte constitucional. Ibidem, p. 344-345.

³⁰Nas palavras de Denise Auad e outros, “para que a utilização do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular seja uma realidade mais contínua em nosso país, sem dúvida é necessário o fortalecimento de uma cultura democrática mais participativa, função esta que tem na educação um papelessencial. No entanto, também é um pressuposto para a viabilização do jogo democrático a fixação de regras e procedimentos claros que respaldem a atuação dos cidadãos em todas as etapas relacionadas à sua participação política, como defendido de forma muito clara por Norberto Bobbio em seus escritos sobre a democracia. É nesse sentido que reafirmamos a necessidade de o Congresso Nacional brasileiro reapreciar a legislação federal que embasa nossos mecanismos

Na prática, algumas medidas podem ser sugeridas. Com vista a gerar uma maior deliberação sobre os assuntos a serem postos em votação por meio de plebiscito e referendo e amenizar os ânimos, é recomendável uma consulta em dois estágios com a ratificação do resultado após um intervalo de tempo considerável.³¹

Algumas questões poderiam ser formuladas à população pela apresentação de diversas alternativas em substituição a um modelo binário – de sim ou não – para reunir, por exemplo, pelo menos, as opções de aprovação total, aprovação parcial e rejeição total.³²

Cabe destacar que a expansão das consultas populares deve ser bastante incentivada em nível local e regional, visto que o distanciamento com o poder público e os exercentes do poder é menor. O federalismo é o sistema de governo que proporciona isso, em decorrência da descentralização do poder.

Laport de Mello aponta que “a principal razão para a baixa frequência de utilização prática dos mecanismos de democracia semidireta no Brasil deriva do péssimo regramento oferecido pela Lei nº 9.709/98”.³³

Propõe-se, então, a convergência entre a iniciativa popular e referendos e plebiscitos mediante a admissão de que o procedimento possa ser inaugurado por cidadãos, isto é, diferentemente do modelo atual que deixa a cargo dos representantes eleitos a escolha de submeter ao povo determinada lei ou projeto de lei, procura-se dar essa autonomia aos

de participação popular, a fim de elaborar regras normativas mais claras sobre o assunto. Nosso arcabouço jurídico não é suficiente nem está adequado para viabilizar uma cultura democrática mais participativa, complemento indispensável à democracia representativa nos dias de hoje”. AUAD, Denise et al. Mecanismos de participação popular no Brasil: plebiscito, referendo e iniciativa popular. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 1, 2004, p. 316.

³¹ Humberto Laport de Mello descreve um arranjo institucional desenhado por Benjamin Barber, no qual é relacionado ainda projeto de lei de iniciativa popular. “Ele imagina um arranjo institucional no qual esses projetos populares, após passarem pelo segundo referendo do duplo estágio, poderiam ainda ser vetados pelo Poder Legislativo. Neste caso, seria realizado um terceiro referendo popular com a finalidade de derrubar esse veto e, enfim, aprovar definitivamente o projeto popular. As propostas de plebiscitos ou referendos de duplo estágio apresentam, porém, o inconveniente de exigirem, no mínimo, o dobro dos custos materiais necessários para a realização de uma consulta simples. Além disso, eles tornam o processo legislativo mais lento e demorado. A respeito desse último ponto, inobstante, Barber ressalta que o intuito das suas sugestões é estimular de maneira concomitante a participação política e a deliberação pública e não fazer com que inovações do ordenamento jurídico ocorram de maneira mais célere”. MELLO, op. cit., p. 58.

³² Essa é outra proposta de Barber trazida por Laport de Mello. *Ibidem*.

³³ Laport de Mello defende que: “uma reforma política deveria alterar o regramento dos mecanismos de democracia semidireta no Brasil, de preferência pela revogação da Lei 9.709/98 mediante a aprovação do Projeto de Lei 4.718/2004, que confere uma disciplina muito mais adequada ao plebiscito, ao referendo e à iniciativa popular. Entretanto, as perspectivas de aprovação do referido PL são diminutas pelo simples fato dos parlamentares brasileiros encararem o desenvolvimento dos mecanismos de democracia participativa de forma negativa, como uma espécie de limitação dos seus poderes e redução do seu prestígio. Por essa razão, a solução ideal seria a instauração por emenda constitucional de uma constituinte exclusiva para realizar a reforma política. Caso essa constituinte exclusiva recebesse a formatação adequada ela seria mais propensa do que o Congresso Nacional para potencializar o uso democrático do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, oxigenando a vida institucional brasileira e - devido aos efeitos indiretos produzidos pelas maiores possibilidades de deflagração desses institutos - melhorando a qualidade da própria representação política”. *Ibidem*, p. 347.

cidadãos para que possam demandar a abertura de uma consulta popular – o que representaria uma participação popular do começo ao fim do processo.³⁴ Defende-se a capacidade destes de determinar mais incisivamente a ação dos representantes, em uma passagem de uma posição de passividade ampla para de atividade moderada.

Em resumo, convém sublinhar que para o fortalecimento dos mecanismos de plebiscito, referendo e até a iniciativa popular no Brasil, faz-se imprescindível um regramento minucioso que tenha como meta potencializar sua utilização sem comprometer aspectos vitais de qualquer democracia contemporânea, quais sejam a liberdade e os direitos fundamentais de minorias.³⁵

Para incentivar a participação de todos os cidadãos e, concomitantemente, garantir o respeito ao Estado Democrático de Direito e aos interesses das minorias, deve o Judiciário ser alçado à personagem central. Isso vai ao encontro do postulado da separação de poderes, porquanto reforça a independência e a harmonia entre os poderes, já que se embarreira uma proeminência de um dos Poderes frente aos demais.

Importante salientar que essa sistemática, como dito, não atribui um poder irrestrito à maioria. O Poder Judiciário, uma vez mais, exemplifica e solidifica o seu papel contramajoritário.

CONCLUSÃO

A expansão dos mecanismos de democracia participativa se revela primordial para garantir um maior engajamento social e sensibilidade de responsabilidade coletiva na definição de diferentes caminhos políticos, sociais e econômicos a serem trilhados. Isso também se denota relevante para superar a decepção enorme com a democracia representativa que, de longa data, norteia o Estado brasileiro.

O desenvolvimento dos mecanismos de participação direta pelos cidadãos busca resgatar ou gerar uma genuína simbiose entre estes e a democracia – como sendo efetivamente um só. Não apenas durante o período eleitoral a cada dois anos se chamaria o

³⁴Ibidem, p. 346.

³⁵ Nessa mesma toada, é o posicionamento conclusivo de Jane Reis Gonçalves Pereira no que concerne, especificamente, à iniciativa popular de lei: “A participação direta dos indivíduos na formação das leis deve ser peça fundamental para o funcionamento de um sistema efetivamente democrático. Além de sua importância legitimadora, a participação na função legislativa assume um papel pedagógico que desemboca no desenvolvimento da cidadania. Aliada a freios relacionados à tutela dos direitos fundamentais e à proteção das minorias, ferramentas como a iniciativa popular podem cooperar para a construção de um espaço público político genuinamente deliberativo”. PEREIRA, op. cit., p. 1750.

povo a promover uma interação democrática. A perspectiva é, pois, de alcançar um constante envolvimento social sobre as matérias públicas de alta relevância.

Para isso, foram mostrados três instrumentos já presentes no ordenamento jurídico nacional – plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei – e dois próprios de sistemas jurídicos alienígenas – o veto popular e o *recall*.

Percebeu-se que os dois mecanismos empregados no exterior não se melhor amoldam aos meandros do direito brasileiro. Por sua vez, foi possível notar com facilidade que o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de lei ainda se estruturam de maneira bem primitiva e rudimentar.

Diante disso, com alicerce nos ensinamentos de Humberto Laport de Mello, procurou-se descrever e explicar diversas formas de consolidar e aprimorar esses três instrumentos.

Uma das conclusões mais significativas a que se chegou a de que, com vistas a robustecer a República brasileira, por intermédio de uma maior participação popular, não se propõe válido o atropelamento ou escamoteamento de direitos fundamentais.

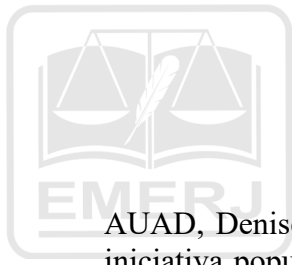
Com efeito, é preciso cuidado na elaboração e, em particular, na sofisticação dos mecanismos de democracia participativa, uma vez que podem acabar utilizados com a finalidade velada de impor a vontade de uma maioria, muitas vezes, insensata e autoritária.

Assim sendo, destaca-se que, bem estudados e implementados os instrumentos de democracia participativa, podem eles servir ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito. No entanto, desvirtuados de seu propósito precípua, podem constituir perigosa ferramenta empregada contra minorias em situação de intensa vulnerabilidade. Toda essa reflexão, sem dúvida, já eleva o nível de cidadania em uma sociedade.

Os mecanismos de democracia participativa ainda se mostraram vitais para assegurar um canal de diálogo e comunicação constante com os representantes eleitos, dando margem há maior controle social sobre eles e, por conseguinte, maior fidelidade aos interesses defendidos em campanha em detrimento de interesses nefastos para a coletividade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, F.M.L. Ideias antagônicas na Revolução Francesa: Rousseau e Sieyès nas origens do Estado francês contemporâneo. *Políticas Públicas e Sociedade*, Fortaleza, v.02, n.02, 2001.



AUAD, Denise et al. Mecanismos de participação popular no Brasil: plebiscito, referendo e iniciativa popular. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 1, p. 291-323, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 out. 2019.

_____. *Lei nº 9.709*, de 18 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

COSTA, Eduardo Ponce da. O pensamento jurídico, as fontes de Direito e a legalidade no momento revolucionário do século XVIII. *Revista da Escola de Magistratura Regional Federal*. Rio de Janeiro: EMARF – TRF 2ª Região, v. 23, 2015.

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*. v. 45, n. 178, abr./jun. 2008.

MELLO, Humberto Laport de. *A Democracia participativa e sua institucionalização pela ordem constitucional de 1988: propostas de desenvolvimento e parâmetros de aplicação do plebiscito do referendo e da iniciativa popular*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. A iniciativa popular no sistema constitucional brasileiro: fundamentos teóricos, configuração e propostas de mudanças. *Revista de Direito da Cidade*, v. 08, nº 4. ISSN 2317-7721.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa/ Qu'est-ce que leTiersÉtat?*. Organização e introdução de Aurélio Wander Bastos, tradução Norma Azevedo, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

DESARMAMENTO E A LIBERAÇÃO DA POSSE DE ARMAS NO BRASIL: EFETIVAÇÃO DA AUTODEFESA OU CONCORRÊNCIA AO AUMENTO DE HOMICÍDIOS À MÃO ARMADA?

Elaily Augusta de Carvalho

Graduada pelo Centro Universitário La Salle
do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – No ano de 2003, o Brasil apresentava uma realidade de violência crescente, então com o objetivo de diminuir situações de perigo para a população, foi criado o Estatuto do Desarmamento. Com o passar do tempo se pode observar que este não ajudou a acabar nem diminuir com a criminalidade, que os agentes do crime não compram armas legalizadas e nem mesmo necessitam de autorização legislativa para possuí-las. Existem situações em que o Estado não pode estar presente, e assim, o cidadão tem a necessidade de agir em autodefesa da vida, família e patrimônio. Cada vez mais se vê crescente a vontade do brasileiro de possuir armas para uso em sua defesa, de forma que muito se preocupa com a possível causa de aumento de violência e do número de mortes a mão armada que esse acesso poderia gerar. A essência do trabalho é abordar os pontos positivos e negativos da liberação da posse de armas no Brasil, verificando a necessidade da legítima defesa e as consequências para a segurança pública.

Palavras-chave – Direito Penal. Desarmamento. Posse de arma.

Sumário – Introdução. 1. O Estatuto do desarmamento: até que ponto este se revela como ineficaz e qual seria a viabilidade da liberação da posse de armas no Brasil. 2. A liberação da posse de armas e o exercício do direito de legítima defesa. 3. A liberação da posse de armas como a possível causa de aumento na violência e no número de mortes à mão armada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o estatuto do desarmamento e a liberação da posse de armas no Brasil, a atualidade, as mudanças e grandes discussões sobre o tema. Procura-se identificar e comentar os principais pontos a favor e contra a liberação, fazendo uma ponderação entre seus possíveis efeitos.

Para tanto, aborda os pontos positivos e negativos da liberação da posse de armas no Brasil. Bem como, as possíveis consequências que esta mudança na legislação poderia trazer a segurança pública.

O último período eleitoral trouxe fortemente para a esfera da sociedade a discussão sobre a liberação da posse de armas, tendo sido a reformulação do Estatuto do Desarmamento uma das principais promessas do agora eleito presidente da república. Com o crescente número de roubos e a enorme sensação de insegurança por parte da população em



muito cresceu o desejo pela posse das armas de fogo e a necessidade do exercício da legítima defesa.

O tema é polêmico e gera grandes discussões, criando grupos de apoiadores da liberação da posse de armas e grupos contrários a tal flexibilização. A questão merece atenção, uma vez que gera um grande reflexo na segurança pública.

Para melhor compreensão do tema, busca-se analisar os possíveis e relevantes pontos positivos e negativos de tal mudança no ordenamento jurídico e seus reflexos no cotidiano da sociedade. Pretende-se, analisar os maiores argumentos do grupo contra a liberação, que seria o aumento do número de homicídios. E pretende-se, ainda, analisar o maior argumento do grupo a favor da liberação que seria a efetivação a legítima defesa.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o Estatuto do Desarmamento, analisando sua eficácia e a viabilidade da liberação da posse de armas no Brasil. Vislumbra-se comprovar que o Estatuto do Desarmamento não ajudou a acabar nem diminuir com a criminalidade, que os agentes do crime não comprem armas legalizadas e nem mesmo necessitam de autorização legislativa para possuí-las.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, se a liberação da posse de armas poderia ajudar o cidadão de bem no exercício do seu direito a legítima defesa, analisando os casos em que o Estado não pode estar presente, e que o cidadão teria a necessidade de agir em autodefesa de sua vida, família e patrimônio.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade da liberação da posse de armas se tornar uma causa para o aumento a violência e ao número de mortes a mão armada. Procura-se prever as possíveis consequências que a liberação e facilitação ao acesso as armas de fogo poderia trazer para a segurança pública.

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 ESTATUTO DO DESARMENTO: ATÉ QUE PONTO ESTE SE REVELA COMO INEFICAZ E QUAL SERIA A VIABILIDADE DA LIBERAÇÃO DA POSSE DE ARMAS NO BRASIL

Em 2003 o país apresentava uma realidade de violência crescente, com índices de homicídios que passava de 25 para cada 100 mil habitantes – índice este considerado grave e preocupante pela ONU¹.

Diante deste quadro, os legisladores da época enxergavam a necessidade de criar algum mecanismo para diminuir a situação de perigo da população. Então, foi criada a Lei 10826/03 com o intuito de diminuir a violência e gerar mais segurança.

A Lei nº 10826 de 23 de dezembro de 2003, mais conhecida como Estatuto do Desarmamento, dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm define crimes e dá outras providências; é de autoria do Senador Gerson Câmara do MDB/ES, foi sancionada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva e regulamentada pelo Decreto nº 5123 de 1º de julho de 2004.

Em seu corpo, a lei vem trazendo regras mais restritivas para comprar e para ter o porte de armas, como também, aplica penas mais duras para o porte ilegal e a posse de armas não registradas.

Pelo Estatuto a comercialização de armas passou a ter mais rigor, e para poder adquirir uma arma legalmente a lei exige como requisitos: que o cidadão, obrigatoriamente, participe de cursos para manejar a arma; tenha idade mínima de 25 anos; tenha ocupação lícita e residência; não esteja respondendo a inquérito policial ou processo criminal; não tenha antecedentes criminais nas Justiças Federal, Estadual, Militar e Eleitoral; tenha efetiva necessidade de ter a arma de fogo.

Ademais, também foram aumentadas as taxas monetárias; diminuída a quantidade de munição máxima por pessoa, e dada a Polícia Federal a competência para analisar, de forma discricionária, se o cidadão faz jus à licença de propriedade, determinando se este pode ou não comprar uma arma legalmente.

Quanto ao porte de armas, é ainda mais severo, só sendo possível para pessoas que exercem funções que se enquadram no perfil dado pela lei, como exemplo, agentes penitenciários, policiais, guardas municipais, promotores, juizes, integrantes de forças armadas, funcionários de empresas de segurança privada. Esses profissionais, além dos

¹QUINTELA, Flavio; BARBOSA, Bene. *Mentiram para mim sobre o desarmamento*. Campinas/SP: Vide Editorial, 2015, p.70.



critérios para a posse, precisam realizar testes que comprovem não ter características violetas e ter controle emocional.

Somados aos regramentos trazidos pela lei, foi criada a Campanha do Desarmamento. Esta campanha tem o objetivo de fazer os cidadãos entregarem suas armas, com ou sem registro para os órgãos de segurança pública, e ao entregarem são recompensadas com valores que variam de R\$ 150 a 450, dependendo do tipo de arma.

Como nota-se, a referida lei é uma das leis mais severas de controle de armas entre todas as nações democráticas, pois praticamente extinguiu o porte de armas para civis. E por assim ser, desde a sua proposta gerou grande polêmica.

Então em seu art. 35 §1º, previu a necessidade de referendo popular² para sua validação, conforme texto:

Art. 35 Lei 10.826/03. É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei. § 1º-Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005.

O referendo como solicitado pela lei, foi realizado no primeiro domingo do mês de outubro de 2005 com a seguinte pergunta “O comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?”, tendo como resposta que a população era contra a proibição da venda de armas e munições, apresentando um percentual de 63,94% pessoas que votaram pelo não.

Apesar de a própria lei elencar em seu artigo a necessidade de referendo para sua validação e do caráter vinculativo que este possui em uma democracia, o governo não tomou medidas de acordo com a população.

Desta forma, o próprio resultado do referendo se caracteriza como a favor de viabilidade da liberação da posse de armas no Brasil.

Após o sancionamento do Estatuto a quantidade de autorização dada pela Polícia Federal para pessoas físicas caiu de uma média de 20.000 para menos de 4.000 armas por

² Referendo (do latim referendum) é um instrumento da democracia semidireta por meio do qual os cidadãos eleitores são chamados a pronunciar-se por sufrágio direto e secreto sobre determinados assuntos de relevante interesse à nação. Normalmente é utilizado quanto a decisões excepcionais, cuja resposta se torna vinculativa. WIKIPÉDIA. *Referendo*. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Referendo>> Acesso em: 01 set. 2019.

pessoa. Os números de armas são substancialmente menores que antes, e estes se mantêm baixos.³

Ocorre que a lei atingiu cidadãos de bem e que respeitam as leis, contudo, nada fez para retirar as armas das mãos dos criminosos. Não foram realizadas grandes apreensões de cargas de contrabando e os traficantes não deixaram de conseguir seus armamentos.

Dados da Polícia Federal estimam que para cada arma apreendida no país, outras trintas entram ilegalmente.⁴ Tendo ainda, aumentado o número de homicídios com armas de fogo, deixando inclusive, o Brasil perto de bater recordes negativos.

Esse grande acesso às armas pelos criminosos, aumento do número de homicídios, propagação da violência e remota possibilidade de defesa do cidadão, seja por si próprio, seja pela polícia é um fato que acompanhamos diariamente em nossos noticiários. A sensação de insegurança já se tornou algo tão presente na sociedade brasileira, que desde 2012 a procura por armas de fogo vem aumentando consideravelmente.

Deve-se observar também que devido a tanta burocracia para a legalização, obter uma arma tornou-se algo extremamente caro para aqueles cumpridores da lei. Os criminosos por sua vez, não respeitam as leis, não passam por essa burocracia e não precisam arcar com tantos custos, obtendo armas por fontes ilegais, e dadas as dificuldades ao acesso das armas o preço acaba ficando muito mais alto. Entretanto, devemos pensar como é obtido o dinheiro empregado para esta compra, o que muito possivelmente é por meio de um ilícito.

Vale ressaltar que as campanhas de desarmamento não agem na verdadeira raiz do problema, que é em sua maioria trata-se do armamento das facções criminosas com armas muitas vezes superiores ao arsenal da própria polícia.

2. A LIBERAÇÃO DA POSSE DE ARMAS E O EXERCÍCIO DO DIREITO DE LEGITIMA DEFESA

A constituição federal⁵ tem como um de seus objetivos assegurar o bem estar e a segurança da população brasileira. Para tanto, em seu texto nos artigos 5º caput e 144 traz o

³ GAZETA DO POVO. *Registro de armas para civis cresceu o Brasil em 5 anos*. Disponível em: <<http://gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1372351&tit=Registr-de-arma-para-civis-cresceu-378-no-Brasil-em-cinco-anos>> Acesso em: 01 set. 2019.

⁴FOLHA. *Cotidiano*. Disponível em <https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=17296&anchor=5301545&origem=busca&_mather=facb022c034cbb28&pd=e8779e922df474052e574be74fb5dbd4> Acesso em: 01 set. 2019.

⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 02 set. 2019.



direito a segurança pública, sendo esta dever do Estado e responsabilidade de todos, senão veja:

Art. 5º CRFB/88 - 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 [...].

Art. 144 CRFB/88. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...].

Além disso, a segurança pública é indispensável para a existência harmoniosa de qualquer sociedade, estando intimamente ligada ao direito a vida, a preservação da integridade física, ao direito de propriedade, ao direito de ir e vir e a liberdade.

Contudo, o sistema de segurança pública no Brasil vem sofrendo de uma falência, que pode até mesmo ser constatado pelo alto índice de violência urbana, vindo o país a se tornar cada dia mais inseguro.⁶

As pessoas andam tomadas pelo medo e torna-se cada vez mais frequentes as situações em que o cidadão necessita agir de forma individual para a proteção de sua integridade.

Essas premissas apontam a impossibilidade de o Estado garantir plenamente a segurança pública, tendo em vista que a polícia não tem como estar presente em todos os lugares 24 horas por dia, e em consequência, a grande necessidade do exercício da legítima defesa por parte da população.

No que se refere à legítima defesa, esta é um direito básico constitucional, também expresso no art. 144, que assegura o meio para que todos os direitos ali contidos sejam garantidos, e conta com previsão legal no Código Penal em seu artigo 25, *in verbis*: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Conforme preleciona Rogério Greco⁷:

para que se possa falar em legítima defesa, que não pode ser confundida com vingança privada é necessário que o agente esteja diante de uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, responsável constitucionalmente por nossa

⁶BRASIL. Câmara Legislativa. *Dados mapa de violência*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoespermanentes/cspcco/audiencias-publicas/audiencias-publicas-2016/ApresentaoDr.JacoboWaiselfiszFLACSO.pdf>> Acesso em: 01 set. 2019.

⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 19. ed. V.1. Niterói,: Impetus, 2017, p.476.

segurança pública, e, só assim, uma vez presentes os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, agir em sua própria defesa ou na defesa de terceiros.

Em tais casos, não há nem mesmo a configuração de crime, uma vez que o Código Penal elenca em seu artigo 23 a legítima defesa como uma excludente de ilicitude. Sendo certo ainda, que não se podem ignorar os excessos cometidos, e dada a sua ocorrência tem-se a existência da punição respondendo o agente pelo excesso doloso ou culposos.

Transpondo as colocações para o tema principal do presente trabalho, observa-se que a legítima defesa é um direito necessário e garantidor, e ao mesmo tempo, corolário necessário do direito a vida. A mesma observação se faz quanto à relação do direito a legítima defesa e a posse de armas, de forma que se revela difícil separar tais direitos, tendo em vista que quem tem direito a vida, tem o direito a poder defendê-la usando de meios e instrumentos proporcionais aos utilizados pelo ofensor.

Ademais, as armas possuem um possível uso defensivo que é o interessa ao cidadão de bem – de ter uma arma em casa para defesa de sua integridade, patrimônio e família -, sendo certo o caráter inibitório, tendo em vista, que gera a dúvida no criminoso da possibilidade de defesa por parte da vítima; o caráter nivelador de armas, uma vez que permite que a pessoa mais fraca ou mais vulnerável tenha chances de se defender do mais forte da forma mais equilibrada possível; e ainda o caráter preventivo, em que a presença de armas nas mãos de civis cumpridores da lei pode evitar ou dificultar a execução de crimes de múltiplas vitima.

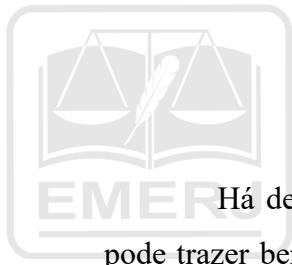
Neste diapasão, é a conclusão do relatório pedido pela Câmara dos Deputados Federais e apresentado pela Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira (CONOF) sobre a correlação entre armas e violência:⁸

[...] quando há maior equilíbrio de forças, eventual investida criminosa, como ameaça ou ataque efetivo contra um cidadão, o risco para o agressor se torna maior quando a vítima possui uma arma. O efetivo risco para o agressor gera o efeito psicológico chamado “percepção de risco”, e essa percepção de risco inibe o cometimento especialmente de crimes violentos.

E ainda: “[...] a maioria dos estudos converge em suas conclusões em indicar tendência na redução de crimes violentos, notadamente homicídios, estupros e assaltos, quando os cidadãos possuem e podem portar armas.”⁹

⁸ CONOF, Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. *Relatório sobre a correlação entre armas e violência*. 2015. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/nt23-2015_> . Acesso em: 01 set . 2019.

⁹ Ibid.



Há de se acrescentar que a presença de um cidadão armado num grupo de pessoas pode trazer benefícios para o todo, imaginando, por exemplo, situação em que um indivíduo está atirando em público, alvejando varias pessoas e é detido ou morto por alguém que estava armado no local. Diversas vidas podem ser salvas em tal hipótese.

De outra face, podem-se citar diversos exemplos ao longo da historia mundial, em situações que ocorreram grandes campanhas de desarmamento com objetivo de manter o poder de governantes, e a população se manteve em situação de vulnerabilidade, sem poder de defesa e reação, com ocorrência ate mesmo de episódios de genocídios.¹⁰

Por fim, acrescenta-se como exemplo da legítima defesa, meio evitar a ocorrência de um crime e maiores danos a vítimas, um caso de conhecimento geral que ocorreu em maio de 2018 em Suzano – SP, ocasião em que uma policial de folga conseguiu render um homem que apontava uma pistola pra diversas vítimas, muitas delas crianças em frente a um colégio.

3. A LIBERAÇÃO DA POSSE DE ARMAS COMO A POSSÍVEL CAUSA DE AUMENTO NA VIOLÊNCIA E NO NÚMERO DE MORTES A MÃO ARMADA

Muita das vezes quando o assunto é a liberação da posse de armas surge o grande questionamento que se tal liberação não acabaria gerando mais violência e aumentando o número de mortes à mão armada.

Para se chegar a uma conclusão acerca dos questionamentos aqui explícitos, cumpre analisar os efeitos do desarmamento na sociedade brasileira, como se encontra a situação da violência em países armados e não armados, as maiores causas de mortes atualmente, bem como os acidentes no âmbito doméstico.

Primeiramente, pelo grande mito da sociedade no sentido de dizer que as armas de fogo matam. Observe-se que as armas por si sós, não possuem o poder de matar, quem de fato produz o efeito, realiza a ação de ferir e matar alguém é a pessoa, o individuo que esta portando a arma.

Nesse prisma, poder-se-ia realizar um paralelo com diversos outros itens comuns no dia a dia do ser humano que também poderiam vir a gerar a morte de outrem se fosse da

¹⁰ Alguns exemplos de genocídios precedidos de desarmamento e o número estimado de mortos (somente no Século XX): 1) Turquia – 1915 (morte de armênios); 2) Stalin/Rússia – 1930 ; 3) Mao Tse-Tung/China – 1949-1976; 4) Hitler/Nazismo – 1938 –1945; 5) Uganda – 1971–1979; 6) Camboja – 1975 –1979; 7) Ruanda – 1994; 8) Kosovo – 1997–1999; 9) Sudão (Darfur) – 2003 –.

vontade do agente ou até mesmo da sua falta de cuidado, e não são, contudo proibidos de possuir. Como exemplo, veículo automotor, facas, motocicletas, etc.

Por oportuno, pode-se analisar a situação de outros países frente à presença de armamento em seu território.

A Inglaterra apresenta-se como um dos países mais restritivos a presença de armas. Sua população foi completamente desarmada e sua legislação pune qualquer tipo de uso defensivo de armas, até mesmo as improvisadas como tijolos, madeira, pedaços de pau, etc. Contudo, no ano de 2013 apresentou uma taxa de crimes violentos 80% maior que a América¹¹, se feito uma comparação *per capita*.¹²

Ainda dentro dos países mais restritivos pode se citar a Áustria que seguiu o modelo inglês de desarmamento, sofrendo com um conseqüente aumento de criminalidade; e também Jamaica e Irlanda, que embora tenham banido as armas há mais de quarenta anos nunca experimentaram índices de redução de homicídio.

Dentro desse diapasão, existe ainda o exemplo do Estado Brasileiro, que ainda que com a implantação do Estatuto do Desarmamento, conta com uma violência preocupante chegando a ser apontado pela ONU como o terceiro país com mais homicídios na América do Sul¹³, e que apresentou um aumento no número de homicídios após o estatuto de 27 para cada cem mil habitantes em 2004 para 29 em 2012¹⁴.

De outra fase, têm-se os países com legislações mais livres para a posse e porte de armas, como exemplo, a República Checa, onde qualquer cidadão que preencher os requisitos legais para obter a posse, não pode ter seu pedido negado pelo governo e apresentou em 2011 uma taxa total de homicídios de 0,8%¹⁵.

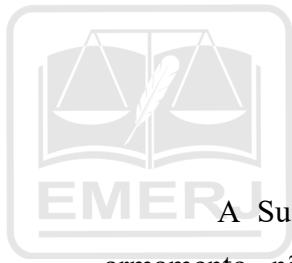
¹¹ LOTT, John. *Crimes violentos na Inglaterra*. Disponível em <<https://translate.google.com/translate?hl=ptBR&sl=en&u=http://johnlott.blogspot.com/2013/01/uks-crime-rate-much-higher-than-uss.html&prev=search>> Acesso em: 18 set. 2019.

¹² CLARKE, Michael. *Crimes violentos na Inglaterra*. Disponível em: <https://translate.google.com.br/translate?hl=ptBR&sl=en&u=https://www.dailymail.co.uk/news/article-25671/Violent-crime-worse-Britain_US.html&prev=search> Acesso em: 18 set. 2019.

¹³ Dados do estudo global sobre homicídio realizado pela ONODUC- Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crimes em 2011.

¹⁴ O GLOBO. *Mapa de violência 2014*. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/mapa-da-violencia-2014-taxa-de-homicidios-a-maior-desde-1980-12613765>> Acesso em: 18 set. 2019.

¹⁵ SOBRAL, Lilian. *As maiores taxas de homicídio do mundo*. Exame. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/os-paises-com-as-maiores-taxas-de-homicidios-no-mundo/>> Acesso em: 18 set. 2019.



A Suíça, que apresenta regras permissivas, gera grande facilidade para adquirir armamento, não exige registro, chegando a facilitar acesso de tal forma, que conta com exercito formado por voluntários¹⁶; apresenta uma das menores criminalidades do mundo.

Já os Estados Unidos da América, conhecido por ter a população mais armada do mundo, ostenta taxas de crimes violentos opostas ao seu número de armamento, contando com um movimento proporcionalmente inverso entre o número de armas nas ruas e o número de crimes violentos.¹⁷

Pelos dados demonstrados conclui-se que num contexto mundial, os países com políticas mais restritivas a posse de armas de fogo possuem índices de violência baixos, diferentemente do que ocorre nos mais proibitivos. Não sendo possível assim, fazer uma correlação entre a posse legal de armas de fogo com o aumento de violência.

Passando a análise das maiores causas de mortes atualmente, revela-se que o emprego de armas de fogo passa bem longe delas. As dez principais causas de mortes no mundo são respectivamente: Doença cardíaca isquêmica; Acidente Vascular Cerebral; infecções das vias aéreas; doença pulmonar obstrutiva crônica; câncer de pulmão, traqueia e brônquios; diabetes; Alzheimer e outras demências; doença diarreica aguda; tuberculose; e por fim, acidentes de trânsito.¹⁸

No campo do acidente doméstico, aqueles causados com armas de fogo são raríssimos e apresentam números em proporções muito menores que os acidentes ocorridos com coisas comuns e presentes em todas as casas, como objetos cortantes em geral, plásticos, produtos químicos.

Ressalte-se ainda, quanto as mortes acidentais envolvendo crianças as maiores ocorrências tem como causa acidentes de trânsito, afogamento, sufocamento, queimaduras, quedas, intoxicações e em número significativamente menor, apresenta como causa armas de fogo.¹⁹

Portanto, observando todos dados expostos e analisados conclui-se que não tem como condicionar o aumento de número de mortes e crimes violentos ao fato da população ter acesso a armas de fogo ou não, eis que, índices de armas andam em contra-mão ao número de crimes em diversos países; o desarmamento não diminuiu criminalidade e taxa de homicídios

¹⁶ O exercito Suíço é formado por um número de soldados profissionais que constituem apenas 10% da tropa, com o resto sendo de conscritos ou voluntários de idade de 21 a 40 anos.FORTE. *Exército Suíço: um pouco diferente*. Disponível em: < <https://www.forte.jor.br/2009/08/09/exercito-suico-um-pouco-diferente/> > Acesso em: 18 set. 2019.

¹⁷ QUINTELA; BARBOSA,op.cit, p.63.

¹⁸ Segundo divulgação feita pra OMS – Organização Mundial da Saúde em 2015.

¹⁹ Informações prestadas pela ONG Criança Segura referente a mortes acidentais envolvendo crianças.

no Brasil; como também não pode o armamento ser diretamente relacionado as principais causas de morte mundial e de acidentes domésticos.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a atual situação de violência no país, o Estatuto do Desarmamento e a questão da liberação da posse de armas. O embate materializa-se pelo confronto entre os principais pontos a favor e contra a liberação, fazendo, ainda, uma ponderação entre seus possíveis efeitos.

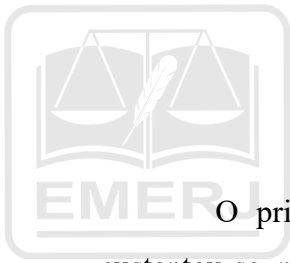
De um lado, a necessidade da efetivação do exercício ao direito de legítima defesa; de outro, o temor da possível ocorrência do aumento de homicídios à mão armada.

Como fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que o Estatuto do Desarmamento não foi eficaz para seu objetivo principal, qual seja diminuir a violência e gerar mais segurança para a população.

Na prática, o Estatuto é uma das leis mais restritivas quanto ao controle de armas entre as nações democráticas, praticamente extinguindo o porte para civis. Contudo, a própria lei, de certo modo, vai de encontro com a ideia de democracia, eis que em seu próprio texto prevê a necessidade de aprovação popular mediante referendo; e o resultado deste foi que a população em sua maioria é contra o desarmamento.

O entendimento da ineficácia de tal legislação consubstancia-se na ideia de que somente foi alcançado pelo desarmamento os cidadãos de bem, tendo em vista que, não foram realizadas grandes apreensões de cargas de contrabando, não deixando assim, os criminosos de conseguirem acesso as armas.

Quanto à questão da legítima defesa que se descortinou ao logo do segundo capítulo, há de se verificar que em muitas situações o Estado não pode estar presente e gera para os cidadãos de bem a necessidade de agir em legítima defesa. Argumentos jurídicos bem fundamentados, sustentados na Constituição Federal demonstram a existência de um direito básico do indivíduo de agir em proteção de sua integridade, em defesa de sua vida, família e patrimônio. Para tal, o armamento se demonstra muitas vezes como um meio para efetivar o direito a legítima defesa – que dada sua importância é considerado excludente de ilicitude-, e até mesmo fornecer um uso defensivo gerando um caráter inibitório, uma vez que, gera no criminoso a dúvida se a vítima pode ou não se defender.



O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que armas por si sós não matam, mas sim que dependem diretamente da vontade do agente que as porta, sendo certo que, no dia a dia da população pode ser encontrado diversos itens com grande potencial para matar, e que embora precisa-se ter cuidado, mas não são proibidos.

Outro grande argumento levantando contra o armamento civil é de que armas são sinônimos de mais violência urbana, contudo, como demonstrado ao longo do trabalho com dados de diversos países, percebe-se que países muito restritivos a presença de armas possuem grandes números de crimes violentos. E em contra partida, outros países fortemente armados, ou pode-se dizer com regras permissivas, apresentam menores taxas de criminalidade do mundo, como exemplo, a Suíça.

Por outro lado, analisando as maiores causas de mortes atualmente, revela-se que armas de fogo passam longe das principais causas, sendo a maior parte das mortes causadas por doenças como AVC e doença cardíaca. Podendo ainda, ser comentado que no campo do acidente doméstico, existem proporções bem maiores de mortes com objetos presentes nos dia a dia como objetos cortantes, plástico, que com armas de fogo.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, que a liberação da Posse de arma no Brasil não caracteriza necessariamente aumento de mortes ou de crimes violentos, e pode sim, vir a efetivar a legítima defesa por parte do cidadão de bem.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que o Estatuto do Desarmamento, além de não traduzir a vontade da população nacional, não logrou êxito em produzir aquilo que se pretendia – mais segurança, eis que, mesmo após sua vigência o número de crimes violentos no país somente veio a crescer. Ainda mais: países com legislações mais restritivas sobre a presença de armas possuem altos índices de criminalidade, e países mais restritivos ostentam menores taxas de criminalidade.

Deve ser de preocupação constante das autoridades, bem como de toda sociedade a questão da segurança pública; devendo ainda, serem observados os direitos básicos e essenciais elencados na Constituição do país, tais como a vida, integridade, liberdade, segurança, família e patrimônio. Assim, tendo como objetivo garantir a efetivação destes direitos é necessário que seja possibilitado ao cidadão meios de exercer a legítima defesa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 02 set. 2019.

_____. *Estatuto do Desarmamento*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826compilado.htm>. Acesso em: 08mar. 2019.

_____. Câmara Legislativa. *Dados mapa de violência*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoespermanentes/cspcco/audiencias-publicas/audiencias-publicas-2016/ApresentaoDr.JacoboWaiselfiszFLACSO.pdf>> Acesso em: 01 set. 2019.

CONOF, Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. *Relatório sobre a correlação entre armas e violência*. 2015. Disponível em< https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2015/nt23-2015_> Acesso em: 01 set. 2019.

FOLHA. *Cotidiano*. Disponível em<https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=17296&anchor=5301545&origem=busca&_mather=facb022c034cbb28&pd=e8779e922df474052e574be74fb5dbd4>Acesso em:01 set. 2019.

CLARKE, Michael. *Crimes violentos na Inglaterra*. Disponível em:<<https://translate.google.com.br/translate?hl=ptBR&sl=en&u=https://www.dailymail.co.uk/news/article-25671/Violent-crime-worse-Britain-US.html&prev=search>> Acesso em: 18set. 2019.

FRAGA, Alberto; CERQUEIRA, Daniel. Acesso a armas deve ser facilitado? *Tribuna do Advogado*, Rio de Janeiro: OABRJ, ano XLVIII, nº 581, Nov/dez.2018, jan.2019.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 19. ed. V.1. Niterói: Impetus, 2017.

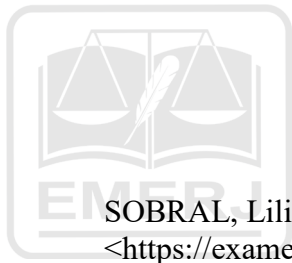
LOTT, John. *Crimes violentos na Inglaterra*. Disponível em <<https://translate.google.com/translate?hl=ptBR&sl=en&u=http://johnrlott.blogspot.com/2013/01/uks-crime-rate-much-higher-than-uss.html&prev=search>> Acesso em: 18 de set de 2019.

NEERACHER, FRAGA, FRANZ A. *Exército Suíço: um pouco diferente*. Disponível em: <<https://www.forte.jor.br/2009/08/09/exercito-suico-um-pouco-diferente/>> Acesso em: 18 set.2019.

O GLOBO. *Mapa de violência 2014*. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/mapa-da-violencia-2014-taxa-de-homicidios-a-maior-desde-1980-12613765>> Acesso em: 18set. 2019.

POVO, Gazeta do. *Registro de armas para civis cresceu o Brasil em 5 anos*. Disponível em: <<http://gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1372351&tit=Registr-de-arma-para-civis-cresceu-378-no-Brasil-em-cinco-anos>> Acesso em: 01 set. 2019.

QUINTELA, Flavio; BARBOSA, Bene. *Mentiram para mim sobre o desarmamento*. Campinas/SP:Vide Editorial2015.



SOBRAL, Lilian. *As maiores taxas de homicídio do mundo*. Exame. Disponível em <https://exame.abril.com.br/mundo/os-paises-com-as-maiores-taxas-de-homicidios-no-mundo/> Acesso em: 18set. 2019.

WIKIPÉDIA. *Referendo*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Referendo> Acesso em: 01 set.2019.

COTAS UNIVERSITÁRIAS PARA PESSOAS TRANSGÊNERO

Erika de Almeida Villarinho Furtado Rocha

Graduada pela Universidade Estácio De Sá - Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Damásio de Jesus.

Resumo – O presente artigo tem por objetivo abordar a dificuldade de acesso, permanência e aceitação da população transgênero no que concerne à educação superior. A invisibilidade e o pequeno grau de ascensão à universidade dessa parcela de pessoas, demonstram que as questões que norteiam o tema, são para além das desigualdades sociais, e perpassa sobre como são conduzidos debates sobre temas sensíveis. Por essa razão, na ausência de leis específicas, é necessário analisar se esses indivíduos fazem jus a medidas especiais para garantia da cidadania, em especial o direito à educação superior. Com esse olhar, o trabalho analisa os aspectos das ações afirmativas e seu caráter constitucional, jus-filosófico e social.

Palavras-chave – Direito constitucional. Ações afirmativas. Cotas universitárias. Dignidade da pessoa humana. Direitos da personalidade. Diversidade de gênero. Educação. Força normativa da Constituição. Justiça social. Pessoas trans. Princípio da Igualdade. Transgêneros. Universidade.

Sumário – Introdução. 1. A justiça social e os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana como fundamentos para dirimir as desigualdades. 2. Aspectos sociais e a vulnerabilidade das pessoas transgênero. 3. As ações afirmativas como geradoras de igualdade social para as pessoas trans. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal estabelece que todos são iguais perante a lei e que um dos objetivos da República é a promoção da redução da desigualdade social. Essa situação, no entanto, deve ser fomentada por políticas públicas, com ações que reafirmem esses direitos no plano fático, ou seja, as chamadas ações afirmativas.

A presente pesquisa científica discute os fundamentos para a implementação das cotas universitárias para as pessoas transgênero, como verdadeira ferramenta de concretização de valores e princípios constitucionais. Procura-se demonstrar que a falta de ações afirmativas de inclusão dessas pessoas é elemento de agravamento das desigualdades sociais.

Para tanto, abordam-se aspectos doutrinários e jurisprudenciais, passando por uma visão constitucional, jus-filosófica e social a respeito do tema. Destarte, necessário que se desenvolva o tema à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da normatividade da Constituição Federal e da justiça social.



Entretanto, é de elevada importância ressaltar que este artigo não pretende tratar as pessoas trans como objeto de análise ou de pesquisa. Isso seria um equívoco e desnaturaria a própria condição humana. Em verdade, o que se busca é reafirmar que essas pessoas ostentam a posição de sujeito de direito dentro do sistema social e que, portanto, devem ter as mesmas paridades de armas para sua construção como indivíduo.

Com essa perspectiva, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho buscando fundamentos constitucionais e jus-filosóficos para a implementação de cotas universitárias para pessoas transgênero, como meio de diluir as desigualdades sociais.

No segundo capítulo, busca-se apresentar o conceito de “pessoas transgênero” e compreender as razões pelas quais essa parcela dos indivíduos merece uma atenção cuidadosa por parte da comunidade jurídica, do Estado e da sociedade como um todo. Com base nisso, este capítulo seguirá ponderando os aspectos que permeiam a vivência coletiva desse grupo de pessoas e que justificam a necessidade de medidas de inclusão social.

O último capítulo, demonstra as aptidões constitucionais das ações afirmativas como geradoras de igualdade social para as pessoas transgênero. Procura-se explicitar como é possível que, por meio das cotas universitárias, haja a concretização de princípios constitucionais - materializadores de direitos - ainda que ausente lei específica para a matéria. Assim, foi necessário refletir se as medidas de proteção a determinados grupos sociais acabam por gerar mais desigualdade ou garantem efetiva concretização de direitos.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, por esta razão, 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 JUSTIÇA SOCIAL E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTOS PARA DIRIMIR AS DESIGUALDADES

Na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, para além do texto constitucional, as garantias constitucionais precisam ser materializadas na sociedade. Desta forma, é preciso reconhecer, a humanidade e a cidadania das pessoas transgênero, que são sistematicamente negadas.

A discriminação de gênero decorre da mesma lógica de intolerância que fez ascender implacáveis discriminações classistas, racistas, antissemitas e religiosas. O objetivo maior, dessa intolerância, consiste em desumanizar o semelhante, tornando-o diminuto e diferente.

Não se pode olvidar, somente há justiça em sociedades igualitárias. Portanto, é preciso que se retire o véu da ignorância para entender que não é possível tolerar uma sociedade desigual. Segundo Karl Popper, a tolerância sem limites leva ao extermínio da tolerância, logo, leva à intolerância¹. É o que o filósofo chama de paradoxo da tolerância. Não se pode tolerar que discursos de ódio - os *Hate Speech* – sejam perpetrados nos meandros da sociedade, sob pena de jazer o ideal de um mundo justo e de igualdade social.

Igualdade e justiça não são conceitos estanques, vez que, somente sociedades igualitárias podem ser consideradas justas. Desta forma, o ponto nodal da questão é entender em que termos uma sociedade torna-se justa e igualitária no mundo dos fatos, garantindo a melhor distribuição de justiça social.

Os debates jus-filosóficos hodiernos acerca de justiça e igualdade tangenciam dois conceitos, quais sejam, reconhecimento e redistribuição. Argumentar sobre justo/injusto e sobre igualdade/desigualdade se tornou complexo em uma sociedade plural. O caminho tradicional de homogeneizar as subjetividades, se choca com o reconhecimento das particularidades do ser. As lutas sociais, para além do conceito de bem-estar social, passam a reivindicar o reconhecimento². Trata-se de fator de engrandecimento da autoestima e de como o indivíduo edifica seus alicerces nas relações em sociedade. Conseqüentemente, a forma como os indivíduos traduzem o que é justo e o que é igualitário trará reflexos diretos no cotidiano.

Nesta perspectiva, invariavelmente a discussão perpassa pela necessidade de um olhar cuidadoso para as parcelas minoritárias da sociedade. Torna-se, assim, imprescindível a construção de mecanismos de redistribuição com inserção de oportunidades equalizadas em todos os campos da vida humana, para que seja ampliada a autonomia e emancipação social de todos os indivíduos e grupos pertencentes a sociedade.³

Ensina o ex-Ministro Joaquim Barbosa, quando do seu discurso de posse no STF:⁴

[...] quando se associam justiça e igualdade, emerge, na sua inteireza, ao cidadão reivindicar o mais sagrado dentre os seus direitos, qual seja, o direito de ser tratado de forma igual, de receber igual consideração, a mesma que é conferida ao cidadão A ou ao cidadão C ou B. Ao falar-se sobre o direito à igualdade, sobre o direito à igual consideração, é preciso ter a honestidade intelectual para reconhecer que há um grande déficit de justiça entre nós.

¹ POPPER, Karl. R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1974. p.289-290

² SEN, Amartya. *Desigualdade Reexaminada*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 59-63

³ NEVES, Paulo Sérgio da Costa. O contexto de emergência e de consolidação das políticas afirmativas na Universidade Federal de Sergipe. In: MARCON, Frank; SUBRINHO, Josué Modesto de Passos. *Ações afirmativas e políticas inclusivas no ensino superior: a experiência da Universidade Federal de Sergipe*. São Cristóvão: editora UFS, 2010, p 25

⁴ JUSTIÇA E CIDADANA. *A justiça por si só, e só para si, não existe*. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/a-justica-por-si-so-e-so-para-si-nao-existe/>>; Acesso em: 10 set. 2018

Ronald Dworkin, entende que o direito à igualdade é o axioma de todos os direitos. Para o filósofo jurídico, a concepção do direito à igualdade deve se aglutinar com a consideração e o respeito - *right to equal concern and respect*. Dworkin diz que leis não podem ser elaboradas de modo a colocar alguns indivíduos em desvantagem, caso contrário, tal lei seria insultante e arbitrária.⁵ Ainda, argumenta que as pessoas passam a ter direitos frente ao Estado quando “um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhe aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano.”⁶

Negar o direito de uma pessoa se autodeterminar a torna indigna, portanto, fere a garantia constitucional de dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o Ministro Ayres Brito, no HC nº 82424/RS / STF⁷ ensina:

Discriminar ou preconceitualizar é conferir a uma dada pessoa um tratamento humilhante desigual, nela introjetando um sentimento de inata hipossuficiência. É dizer, forçando-a a indignidade nas chamadas relações de base que são as relações que mais definem o perfil de uma sociedade. Esse modo tão acabrunhante quanto desarrazoado de tratar um ser humano é de tamanha gravidade que o discriminado é como que forçado a se sentir padecente de um déficit de dignidade, ou de cidadania, como se perpetrasse a um subgrupo ou a uma sub-raça. Amesquinhado, não no que tem, mas no que ele é.

A dignidade da pessoa humana, por seu turno, é uma metanorma⁸, o fundamento ético e moral do direito em si. A pessoa humana é, em si mesma, um valor. Isso permite que uma pessoa se realize plenamente nos mais variados âmbitos da existência humana (como na família, no trabalho e na universidade) de forma isonômica, equânime e igualitária. A finalidade do Estado é permitir que os cidadãos sejam felizes, e as normas jurídicas são instrumentos para a materialização desse objetivo.⁹

Precipuamente, a CRFB/1988 em seu artigo 1º, inciso III, consagra a dignidade da pessoa humana como seu valor fundamental e reconhece que o Estado existe em função da pessoa, vedada toda forma de discriminação. Por essa razão, muitos entendem ser a dignidade

⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3.ed. São Paulo: WMF Marfins Fontes, 2010. p. XVI.

⁶ *Ibidem*. p. XV.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82424/RS/STF*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>> Acesso em: 18 set. 2019.

⁸ MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107.

⁹ CAMBI, Eduardo. Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Privado*. V. 61/2015, p. 13-35, jan.-mar. 2015.

da pessoa humana o axioma maior de todo o ordenamento jurídico.¹⁰

Por conseguinte, observado o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade merece ser trazido à baila em suas duas dimensões: formal e material.

Primeiro, a igualdade na dimensão formal, veda que o legislador opere desequiparações inicialmente irrazoáveis e ilegítimas. Porém, se a desequiparação for razoável e legítima, será aceita pelo ordenamento jurídico. Trata-se de igualdade na lei. No mesmo sentido, a igualdade formal é também um comando para que o intérprete da lei - o juiz - aplique a norma de forma equitativa às pessoas que estão em situações equiparadas, possibilitando justiça equânime. Aqui, trata-se da ideia de igualdade perante a lei. Nesta dimensão, basta uma prestação negativa do poder público, em outras palavras, que se abstenha de realizar uma discriminação, e estará concretizada a igualdade formal.

Segundo, há a dimensão material do princípio da igualdade, isto é, com redistribuição, a igualdade fática. É a clássica igualdade aristotélica. Conforme Aristóteles, é preciso tratar igualmente os iguais, porém, os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida de suas desigualdades.¹¹ Assim, ao legislador é possibilitado o poder de dar tratamento desigual para que seja alcançada efetivamente a igualdade. Nessa toada, numa dimensão material, políticas públicas devem ser erigidas para que um mínimo existencial dos indivíduos possa ser preservado e protegido, garantindo uma efetiva participação no processo democrático. Deste modo, devem ser oferecidas oportunidades parelhas, tanto quanto possível, para que todas as pessoas desenvolvam suas personalidades e alcancem suas potencialidades.

Numa interpretação moderna e progressista, a igualdade material deixa de ter somente índole econômica e redistributiva. Nesse contexto, surge a ideia de igualdade com reconhecimento. Reconhece-se, assim, o direito de ser como é. Deveras, um avanço na interpretação do que é ser igual, abandonando-se a homogeneidade e entendendo-se que deve ser reconhecida a diferença. Deve ser dado o direito de ser diferente das majorias, sem que isso represente em perda ou prejuízos morais, econômicos, sociais ou de qualquer ordem, independentemente de idade, gênero, sexo, religião e etnia.

Nesta dimensão, os conceitos de justiça, igualdade e dignidade da pessoa humana dialogam e interferem na realidade, refletindo os possíveis critérios de justiça social utilizados

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao art. 1o, III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; _____, Lenio L. (coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 124 e 125.

¹¹ ROCHA, K. A. *Da política educacional à política da escola: os silêncios e sussurros da diversidade sexual na escola pública*. Dissertação (Mestrado em Educação). Faculdade de Filosofia e Ciências, Campus de Marília, “Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho”. 2011. 165 f.

para justificar a adoção de ações que reafirmam direitos que propiciem redistribuição e reconhecimento frente às desigualdades sociais.

2 ASPECTOS SOCIAIS E A VULNERABILIDADE DAS PESSOAS TRANSGÊNERO

A sociedade é um espaço coletivo de manifestação e agrupamento humano que se sustenta na diferença. Essa diferença se fundamenta em critérios objetivos estabelecidos pelos interesses de classes. A segregação da sociedade em classes cria a equivocada ideia de distinção natural entre os indivíduos e a sociedade se divide entre dominantes e dominados, opressores e oprimidos. A classe detentora de poder e da gestão dos padrões de excelência, dita o que é adequado para toda a coletividade, adentrando, inclusive, na maneira de existir do outro. Como efeito, suprime-se a individualidade para atender aos critérios convencionados.

Neste modelo social, com padrões de dominação de classes, é conferido aos indivíduos um certo direito de ascender, ou melhor, de ser igual, segundo o seu mérito. É ofertado o direito de ser igual em padrões e não o direito de ser quem é, detentor de suas escolhas. Surge um aspecto nefasto dessa lógica: padece e é violentada a identidade de cada ser.

Como tradição, há a manutenção de padrões sexuais e morais determinados por grupos majoritários. Isso se traduz nos papéis sociais que homens e mulheres desempenham na coletividade, segundo o seu sexo. Mulheres e homens experienciam vivências completamente distintas, tendo em vista exclusivamente o sexo que possuem, desempenhando um papel social segundo padrões binários (masculino/feminino). Os impactos desses papéis alcançam inclusive os deveres sexuais que cada nubente terá que desempenhar durante o matrimônio.

Porém, um ser humano só pode identificar-se com seu gênero se puder exercer plenamente o seu direito natural de autodeterminação. As imposições de regras morais, sexuais e de identidade ditada por padrões estabelecidos, conflita frontalmente com o direito que cada pessoa detém de ser quem é e com o próprio direito de existir. Não há existência plena sem identidade. Invariavelmente, será pessoal a relação que um indivíduo tem com o seu corpo, não cabendo qualquer interferência nesse aspecto. Ninguém tem o monopólio da condição humana.

Nessa tônica, é importante que se entenda, em conceito, quem são as pessoas transgênero. O termo transgênero foi criado em 1965 por John Oliven, no livro *Higiene Sexual e Patologia*¹² e este, significa que não há conformidade entre o sexo atribuído biologicamente e aquele que a pessoa se identifica. Incluem-se nesse grupo travestis, transsexuais,

¹² BARIFOUSE, Rafael. *Como ser transgênero foi de 'aberração' e 'doença' a questão de identidade*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-44651428>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

intersexuais, *drag queens*, *drag kings* e pessoas não binárias (aquelas que não se identificam precisamente com o masculino/feminino). O indivíduo sente-se desconectado com seu corpo e com a vivência que deve experienciar em virtude do gênero biológico. Deste modo, há uma incongruência entre sexo biológico e psicológico. Em contrapartida, cisgênero, por sua vez, é aquele indivíduo que conforma o sexo biológico com a identidade de gênero.

É imperativo que se compreenda que um homem trans é um homem e uma mulher trans, por sua vez, uma mulher. Ainda, identidade de gênero não se confunde com sexualidade ou atração sexual. A homossexualidade significa atração ou desejo físico, emocional, estético e espiritual entre seres do mesmo sexo, enquanto a palavra heterossexualidade encerra a compreensão dos mesmos desejos pelo sexo oposto. Assim, pessoas trans podem ser hetero, homo ou bissexuais, como podem escolher não explorar sua sexualidade.

Não é possível uma pessoa dar sentido a um corpo que não se amolda a nenhuma significação existente. As predeterminações baseadas no trinômio sexo (homem/mulher), gênero (masculino/feminino) e desejo sexual (hetero/homossexual) podem não ser suficientes para completar uma existência. As pessoas trans se divorciam dos padrões ditados pela heteronormatividade e transitam entre os polos do masculino e feminino.

Identities e diferenças não passam de criações sociais e culturais fabricadas pelo ser humano e que escravizam a própria existência.¹³ Questionar a identidade e a diferença significa problematizar o binarismo, possibilitando novas configurações e formas de expressão que ultrapassam essas dualidades. Para Ailton Melo:

A transgeneridade é um desafio para a questão humana do ser ou não ser. As sociedades contemporâneas, em sua maioria, estão organizadas sob padrões que são capazes de prever apenas polos estanques, determinados de modo contundente. No campo da sexualidade isso se evidencia no modo rígido em que prevalece a lógica binária da constituição dos gêneros como regra para as vivências da sexualidade. Ser masculino é não ser feminino e vice-versa e isso basta. Nossa história ocidental construiu um discurso sobre o sexo atrelado às relações de poder.¹⁴

Segundo a socióloga Natacha K., a maioria das pessoas trans tomam consciência da sua identidade de gênero ainda crianças, por volta dos 08 anos de idade.¹⁵ Entretanto, essas crianças são vítimas de insultos e agressões, sofrem com os abusos da estigmatização, sentem medo e vivem um mundo de ocultamento e isolamento. Dificilmente essa criança irá

¹³ SILVA, Tomaz Tadeu. *Identidade e diferença*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000. p. 75.

¹⁴ MELO, A. D. *Transgeneridade: “Dor e delícia de ser o que é”*. Disponível em: <http://www.sbece.com.br/2015/resources/anais/3/1429972411_ARQUIVO_Transgeneridade-Atigo-SBECEVer_saoeenvio.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

¹⁵ KENNEDY, Natasha. Crianças Transgênero: mais do que um desafio teórico. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências da UFRN*, v. 11, n. 2, p. 1-41, 2010.

desenvolver vias neurais que carregam pensamentos de autovalorização.

As histórias passam por um pernicioso filtro de discriminação, preconceito, violência, exclusão, desinformação e invisibilidade. Esses fatores explicitam a condição vulnerável das pessoas que não se identificam com o gênero que lhes foi atribuído no nascimento. Por não se inserirem nos padrões tradicionais e convencionados, são vítimas de transfobia e transmisoginia e, reiterada e sistematicamente, tem direitos suprimidos.¹⁶

Até 2018, a transexualidade era entendida como doença mental pela Organização Mundial de Saúde e classificada como distúrbio de identidade de gênero. Somente em 18 de junho de 2018 foi excluída do rol de doenças mentais.¹⁷ Embora as críticas, a transexualidade continua sendo classificada como patologia pela OMS, sendo deslocada para o capítulo sobre saúde sexual (CID-10). A justificativa é a necessidade de proporcionar tratamento médico segundo as especificidades clínicas da população trans, tais quais, cirurgias de mudança de sexo, administração de hormônios, dentre outros.¹⁸

De certo, a discriminação e a violência se expressam pelos números. O Brasil lidera o nefasto ranking de países que mais matam pessoas trans. Segundo relatório da ONG Transgender Europe (TGEU), entre 2008 e 2016 morreram ao menos 868 travestis e transexuais no país.¹⁹ Em números absolutos, o Brasil registrou três vezes mais homicídios por transfobia que o segundo lugar, o México, onde se registrou 256 mortes. Quando se trata de números relativos - análise do total de homicídios de pessoas trans para cada milhão de habitantes - o país cai para quarto lugar do ranking mundial, ficando atrás de países como Honduras, Guiana e El Salvador, consoante explica Taís Cunha.²⁰

No Dossiê de Assassinatos e Violência Contra Transexuais e Travestis Brasileiras de 2019²¹, a ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) revela que o Brasil continua liderando esse ranking e morre uma pessoa trans a cada três dias. O estudo revela uma subnotificação dos homicídios contra os cidadãos brasileiros trans. Isso significa que a

¹⁶ MELO, A. D. *Transgeneridade*: “Dor e delícia de ser o que é”. Disponível em: <http://www.sbece.com.br/2015/resources/anais/3/1429972411_ARQUIVO_Transgeneridade-Atigo-SBECEVer_saoeenvio.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

¹⁷ BARIFOUSE, op.cit.

¹⁸ BLOG DA SAÚDE MINISTÉRIO DA SAÚDE. *OMS retira transtornos de identidade de gênero da lista de saúde mental*. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/53395-oms-anuncia-retirada-dos-transtornos-de-identidade-de-genero-de-lista-de-saude-mental>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

¹⁹ CORREIO BRASILIENSE. *Rotina de exclusão e violência*. Disponível em: <<http://especiais.correiobrasiense.com.br/a-trajetoria-de-superacao-de-uma-transexual-brasileira>>; Acesso em: 10 set. 2018

²⁰ Ibidem.

²¹ BENEVIDES, Bruna G. e NOGUEIRA, Sayonara N. B. *Dossiê de Assassinatos Contra Travestis Brasileiras e Violência e Transexuais em 2019*. ANTRA. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2020/01/levantamento-antra.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

motivação desses crimes - a transfobia - e a verdadeira identidade de gênero das vítimas não são mencionados nos registros, o que altera substancialmente as estatísticas, concluindo-se que esses números tendem a ser bem maiores.

O dossiê da ANTRA traz mais um dado impactante: a idade das vítimas é cada vez menor. No ano passado, três vítimas da discriminação de gênero tinham 15 anos. Duas delas foram apedrejadas até a morte e a terceira espancada e enforcada, com sinais de violência sexual. Um traço marcante dos homicídios por transfobia é que 80% deles foram praticados com excessiva violência e crueldade, havendo uso de asfixia, espancamento e simultaneidade de métodos para matar. Destes casos, somente em 8% houve identificação do autor do crime. Deveras, o Brasil é um ambiente profundamente hostil para alguém que apenas busca a liberdade de ser quem é.

No campo da antropologia, Sérgio Carrara, pesquisador da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), se debruçou sobre inquéritos policiais que trataram dos crimes contra transgêneros.²² Carrara concluiu que as vítimas são torturadas, recebem um número exagerado de facadas, os tiros costumam ser na face, ou seja, violência com desiderato de impingir muito sofrimento. É uma forma de agressão que tem o desejo de apagar a existência da pessoa. É como se o agressor, não aceitando quem é o outro, desejasse destruir o corpo da vítima.

O antropólogo observou que, quando os casos se transformam em Denúncias criminais, há culpabilização da vítima. Investigadores e policiais entendem que a vítima concorreu para o crime e costumam consignar que o vitimado estava se prostituindo na madrugada em locais de boemia, sendo o resultado esperado. Excepcionalmente esses casos chegam no Judiciário e há uma grande taxa de absolvição, vez que, se considera o comportamento da vítima sujo, degradado, sem moral e que a pessoa teria se colocado nessas condições.²³

Outra realidade que se assola é a de que as possibilidades de inserção no mercado de trabalho para as pessoas transgênero são ínfimas. Quando mulheres trans exercem atividades consideradas femininas, como não são vistas como mulheres, são estigmatizadas, hostilizadas e insultadas. Um empecilho duplo se estabelece: mulheres diuturnamente experimentam dissabores para adentrar no mercado de trabalho e ter as mesmas condições trabalhistas e remuneratórias dos homens, esse desafio é majorado quando se trata de uma mulher trans.

²² CARRARA, Sérgio e VIANNA, Adriana R. B. “Tá lá o corpo estendido no chão...”: a Violência Letal contra Travestis no Município do Rio de Janeiro. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, Página 237, Disponível em: <http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/Upload/PDF6/004198_Physis.pdf> Acesso em: 10 fev. 2019.

²³ *Ibidem*.



Pesquisa da ANTRA concluiu que 90% das pessoas trans se valeram da prostituição em algum momento da vida como forma de subsistência.²⁴ A procura pela prostituição está diretamente relacionada a escassa oferta de trabalho, bem como ao baixo grau de escolaridade. Em um cenário social de extrema hostilidade, não causa surpresa que as pessoas transgênero tenham altos índices de evasão escolar, potencializando um quadro de vulnerabilidade desses cidadãos brasileiros.

Dados da Comissão de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), concluiu que, em virtude de episódios de profunda hostilidade, a evasão escolar de pessoas transgênero é de 82% nas escolas de todo país. São dados extremamente preocupantes, pois a evasão escolar reforça a condição vulnerável dos cidadãos trans.

A experiência humana é repleta de desafios permanentes e renováveis. Porém, no bojo da sociedade, perpetua-se uma distribuição de justiça iníqua, quando uma parcela de seus cidadãos enfrenta sobremaneira desafios para além daqueles inerentes à existência.

3. AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO GERADORAS DE IGUALDADE SOCIAL PARA AS PESSOAS TRANSGÊNERO

Pautadas na dimensão material da igualdade, políticas públicas devem ser erigidas para que um mínimo existencial possa ser preservado e protegido. Desta forma, todos os cidadãos, indistintamente, devem ter uma efetiva participação no processo democrático. Neste diapasão, deve haver proteção dos direitos constitucionais mais fundamentais, por meio de ações que possibilitem proteção física e psíquica dos indivíduos, com fito de propiciar uma existência digna, com autodeterminação e liberdade.²⁵

Ademais, é preciso que se entenda que a Constituição tem um caráter normativo. Então, quando a legislação não enfrenta temas sociais, é preciso que o Estado ofereça alguma outra forma de proteção. Nesse hiato, todas as normas constitucionais devem ser emolduradas num mínimo de efetividade que alcance a realidade social.²⁶

Dessa ideia decorre o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. O

²⁴ CORREIO BRASILIENSE. *Não há vagas... para trans*. Disponível em: <<http://especiais.correiobrasiliense.com.br/a-trajetoria-de-superacao-de-uma-transexual-brasileira>>; Acesso em: 10 set. 2019.

²⁵ GOSEPATH, Stefan. Uma pretensão de direito humano à proteção fundamental. Tradução de Cláudia Toledo e Bráulio Borges Barreiros. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos Sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 79-80

²⁶ NEIVA, Gerivaldo Alves. Os fatores reais do poder e força normativa da Constituição. Articulações entre Konrad Hesse, Ferdinand Lassalle e Gramsci. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1889, 2 set. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11664/os-fatores-reais-do-poder-e-forca-normativa-da-constituicao>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

princípio leciona que as normas expressas na Constituição devem receber interpretação que garanta a máxima efetividade de seus mandamentos. Não pode a Carta Maior representar mero ideário de um Estado a ser alcançado, mas deve ser uma efetiva realização de direitos dos indivíduos, o que se harmoniza com a visão neoconstitucional do Direito.

Não existe pleno desenvolvimento humano e econômico-social com o desprezo a igualdade. A desigualdade é um câncer arraigado no sistema social. Quando se trata de patologias sociais, é imperativa a percepção de que uma sociedade doente afeta a todos ali inseridos. Violência, discriminação, exclusão de pessoas, implicam em estar inserido em uma sociedade violenta, desigual, discriminatória e que exclui ao invés de incluir. Decerto, a doença de um órgão compromete e afeta todo o corpo. Com efeito, uma sociedade repleta de patologias alcança, invariavelmente, todos os seus cidadãos.

Contudo, nos últimos anos, embora tímidos, algumas conquistas de direitos estão sendo observadas em favor dos cidadãos transgêneros. Mencione-se, por exemplo, o reconhecimento de casamento entre pessoas do mesmo sexo (ADI nº 7 4277)²⁷ e o direito à retificação do nome social independentemente da cirurgia de mudança de sexo (ADI nº 4275)²⁸. Ainda pende de julgamento o uso de banheiros por pessoas trans segundo sua identidade de gênero (RE nº 845.779)²⁹, que prenuncia ser mais uma conquista. Entretanto, essas conquistas de direitos advindas da Corte Constitucional denunciam algo grave: há um déficit democrático e uma falta de representatividade da população trans. Com a ausência de regulamentação, coube ao Judiciário se imiscuir nessas temáticas.

Tendo isso em mente, o desafio passa a ser o de transformar a desigual distribuição de justiça. Aparentemente normas jurídicas, que são neutras, tratariam todos como iguais. Mas retirando essa capa da formalidade, é preciso reconhecer que há uma exclusão exacerbada de alguns grupos da coletividade, tal qual os transgêneros, instando uma aplicação contra hegemônica do Direito.

Dessarte, as ações afirmativas são um gênero de medidas que visam reverter efetivamente a patologia das discriminações historicamente direcionadas às pessoas desfavorecidas e estigmatizadas. Trata-se de um verdadeiro meio de inclusão. As ações afirmativas, insuflam o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade -

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4277*. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4275*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 845.779*. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-stf-questao.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

tanto em seu aspecto filosófico quanto em seu aspecto jurídico-constitucional³⁰.

De acordo com Lênio Streck, a supremacia da Constituição significa erigir as normas fundamentais de maneira a assegurar os valores constitucionais, como o direito à educação.³¹ Assim, o fundamento para as ações que afirmam direitos advém da própria Constituição na medida que o Diploma Maior é também norma.

Nesse sentido, o artigo 3º, incisos I, III e IV, CRFB/88³² preceitua os objetivos fundamentais da República de constituir uma sociedade livre, justa e solidária; reduzir as desigualdades sociais; bem como promover o bem estar de todos, sem qualquer preconceito ou forma de discriminação. Portanto, para além do plano retórico e do fundamento principiológico, o texto constitucional traz em seu bojo elementos aglutinadores de direitos fundamentais.

Com esse olhar, evidente se torna que, as cotas para ingresso no sistema superior de ensino são uma espécie de ação afirmativa de direitos. Representam uma solução para a dificuldade de acesso de certos grupos ao sistema de educação superior.

A promoção de cotas universitárias pode surgir por meio de escolha do legislador ou por autonomia privada ou administrativa. O Brasil carece de regulamentação legal nesse sentido. Entretanto, algumas universidades já oferecem cotas para o público transgênero em cursos das graduações e pós-graduações. Cite-se a Universidade Federal do Sul da Bahia, as federais da Bahia (UFBA) e do ABC Paulista (UFABC), todas implementadas no ano de 2018. Em 2019, a Universidade Federal de Pernambuco³³ seguiu o mesmo caminho. Segundo o IBTE (Instituto Brasileiro Trans) cerca de 12 instituições de ensino federais e estaduais implantaram o sistema de cotas para transgêneros³⁴. Menciona-se ainda a Universidade Federal de Mato Grosso, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Universidade de Brasília, Universidade Federal do Paraná, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Universidade Federal Fluminense, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Universidade Federal de Santa Catarina, Universidade Federal Rural de Pernambuco e a Universidade Federal de Juiz de Fora. Isso

³⁰ HALBRITTER, Luciana de Oliveira Leal. O sistema de cotas raciais como ações afirmativas no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31., jul./set. 2005. p. 104-123.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. Os Juizados Especiais Criminais à Luz da Jurisdição Constitucional. A Filtragem Hermenêutica a partir da Aplicação da Técnica da Nulidade Parcial sem Redução de Texto. In: *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24. Rio de Janeiro: EMERJ, 2003, p. 110.

³² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18 dez. 2019.

³³ UOL. *Trans conseguem cotas e cursos em universidades, mas geram reações adversas*. Disponível em: <<https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2019/07/11/trans-conseguem-cotas-e-cursos-em-universidades-mas-geram-reacoes.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2019.

³⁴ FOLHA DE SÃO PAULO. *Ao menos 12 universidades federais do país têm cotas para alunos trans*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/05/ao-menos-12-universidades-federais-do-pais-tem-cotas-para-alunos-trans.shtml>> Acesso em: 14 dez. 2019.

demonstra um avanço na perspectiva da igualdade.

Importante notar que as cotas devem respeitar o princípio da proporcionalidade. O objetivo é gerar inclusão social e não privilegiar grupos específicos. Assim, devem ser proporcionais à população trans no país. A UFBA, em exemplo, aumentou a oferta de vagas nas universidades em 5% para só então dedicar a pessoas trans uma cota.

Ainda no plano constitucional, o artigo 206, I, III e IV, CRFB/88³⁵ determina que o acesso à educação deverá se pautar na “igualdade de condições para acesso e permanência na escola”; “pluralismo de ideias”; e “gestão democrática do ensino público”. Por outro lado, o artigo 208, V, do mesmo diploma, diz que o acesso ao nível superior de ensino, será efetivado “segundo a capacidade de cada um”.

Em uma primeira análise parece haver uma incongruência nos preceitos constitucionais. A Carta Magna parece enaltecer a igualdade de acesso à academia superior, o pluralismo de ideias e a gestão democrática, na mesma medida em que privilegia a meritocracia. Porém, os dispositivos devem ser interpretados de forma complementar. O constituinte buscou suavizar a rigidez do mérito com a efetivação da igualdade material ao acesso acadêmico. A meritocracia tem seu espaço em meios de disputa equânime. Defender a meritocracia em um ambiente em que não há paridade de armas, em que são evidentes as divergências de condições, reflete um discurso cínico.

Nessa discussão, não devem ser observadas somente questões de ordem econômica. Aspectos macros da dignidade humana como o direito a uma identidade, direito se ser diferente, direito de ser quem é, devem ser trazidos ao debate. Um estado permanente de violência moral que reduz e minimiza o indivíduo, o tornando hipossuficiente e vulnerável no cenário coletivo.

Alguns defendem que a instituição das cotas gera a chamada discriminação reversa, ao passo que, criar diferenças entre grupos, reforçaria a discriminação e a desigualdade. Entretanto, não é da natureza das ações afirmativas de direitos constitucionais e das medidas positivas, conferir privilégios. É justamente o inverso: busca-se acabar com os privilégios.

Nesta lógica, informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostram que, no ano 2000, antes da instituição das cotas raciais no Brasil, menos de 2,2% da população negra tinham nível superior.³⁶ Por outro lado, no ano de 2018, pessoas negras somam

³⁵ FOLHA DE SÃO PAULO. *Ao menos 12 universidades federais do país têm cotas para alunos trans*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/05/ao-menos-12-universidades-federais-do-pais-tem-cotas-para-alunos-trans.shtml>> Acesso em: 14 dez. 2019.

³⁶ AGÊNCIA BRASIL. *Cotas foram revolução silenciosa no Brasil, afirma especialista*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-05/cotas-foram-revolucao-silenciosa-no-brasil-afirma-especialista>> Acesso em: 18 dez. 2019.



50,3% dos estudantes universitários da rede pública. Como efeito reflexo, a frequência escolar de crianças de até 05 anos aumentou de 49,1% em 2016, para 53% em 2018. O índice de analfabetismo de adolescentes de 15 anos ou mais, cambiou de 9,8% em 2016, para 9,1% em 2018. Considerando os jovens de 25 anos ou mais que cursaram o ensino médio, os indicadores passaram de 37,3% para 40,3% no mesmo período.³⁷

Certamente, as cotas universitárias representam um convite acolhedor para que pessoas historicamente excluídas e hostilizadas integrem os meios acadêmicos. Trata-se de um pequeno passo na correção de disfunções que o ódio causa. As pessoas trans vivem suas vidas em permanente luta para sobreviver em um universo preconceituoso, violento e separatista. Cada ser humano é uma unidade de direitos e por essa razão, deve receber respeito, apreço, proteção e o zeloso olhar do sistema democrático para que haja o pleno exercício da cidadania.

Ainda que haja resistência de alguns no âmbito político, religioso e mesmo social, não se pode abandonar o anseio de uma sociedade efetivamente justa. O progresso, a evolução, ocorrem invariavelmente. Aqueles que não caminham junto com os avanços são engolidos pelo progresso e, aqueles que outrora dominavam os discursos, passam a ser ultrapassados e vencidos por novos ideais. Deve ocorrer uma renovação intelectual que eleve a sociedade a patamares de respeito às diversidades e à pluralidade. O mundo pode ser visto de várias perspectivas, tantas quanto possíveis. A diversidade é força. A diferença é uma professora. Com medo da diferença nada será aprendido.

CONCLUSÃO

Quando as mais variadas formas de violência são empregadas para diminuir e excluir outro ser humano, é imperativo que sejam questionados os modelos de dominação existentes. Se alguém destrói as forças de uma pessoa, não destrói sua humanidade. A raiva é tóxica e destrutiva. Em verdade, as únicas pessoas que perdem a humanidade são aquelas que acreditam que podem tirar as forças de outro ser humano.

Uma sociedade democrática precisa estar aberta às pluralidades, como as de gênero. Todo e qualquer cidadão deve ser respeitado e ter direitos tutelados em seus aspectos mais íntimos e pessoais, constituindo-se assim, uma convivência pacífica e harmoniosa.

Historicamente o ambiente acadêmico tem sido um mecanismo de reprodução e

³⁷ G1. *Pela 1ª vez, pretos e pardos são mais da metade dos universitários da rede pública, diz IBGE*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/11/13/pela-1a-vez-pretos-e-pardos-sao-mais-da-metade-dos-universitarios-da-rede-publica-diz-ibge.ghtml>> Acesso em: 18 dez. 2019.

reafirmação da visão míope e exclusivista do direito de receber educação. Porém, a universidade continua sendo um espaço relevante para construir, fortalecer e, principalmente, desconstruir debates e questões. Isso contribui para desmistificar e transformar os processos históricos e sociais de marginalização, invisibilidade e discriminação de pessoas. Desta maneira, é essencial que essas discussões sejam colocadas em pauta, superando o incômodo de educadores e gestores de políticas públicas em enfrentar o tema.

Quando há falta de representatividade política, medidas outras precisam ser guindadas para que haja a concretização do projeto constitucional no mundo dos fatos. Nesse contexto, os valores morais da Constituição devem ser evocados para sustentar medidas de inclusão de cidadãos. Nesse viés, a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade são fundamentos morais ávidos para concretização de justiça social. Com essa visão normativa da Constituição é que a implementação de cotas universitárias para pessoas transgênero, torna-se um importante mecanismo de exercício da cidadania e inclusão.

Longe de esgotar as questões e necessidades relacionadas à população transgênero, nestas linhas pretendeu-se sustentar que o acesso ao ensino superior de educação é um pequeno, porém valoroso, mecanismo de integração de uma parcela de cidadãos invisíveis, mas que efetivamente existem.

Todas as pessoas importam. É necessário respeitar as histórias, as memórias e vozes dessas pessoas, para que o exercício da cidadania seja elevado à um *status* de igualdade por meio de garantias e soluções coletivas, que transformem suas realidades.

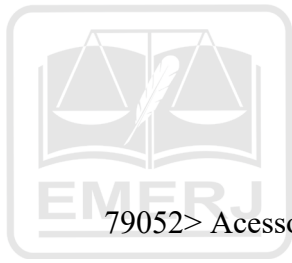
REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. *Cotas foram revolução silenciosa no Brasil, afirma especialista*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-05/cotas-foram-revolucao-silenciosa-no-brasil-afirma-especialista>> Acesso em: 18 dez. 2019.

BARIFOUSE, Rafael. *Como ser transgênero foi de 'aberração' e 'doença' a questão de identidade*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-44651428>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara N. B. *Dossiê de Assassinatos Contra Travestis Brasileiras e Violência e Transexuais em 2019*. ANTRA. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2020/01/levantamento-antra.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 82424/RS/STF*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=>



79052> Acesso em: 18 set. 2019.

BLOG DA SAÚDE MINISTÉRIO DA SAÚDE. *OMS retira transtornos de identidade de gênero da lista de saúde mental*. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/53395-oms-anuncia-retirada-dos-transtornos-de-identidade-de-genero-de-lista-de-saude-mental>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

CAMBI, Eduardo. Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Privado*. V. 61/2015, p. 13-35, jan.-mar. 2015.

CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana R. B. “Tá lá o corpo estendido no chão...”: a Violência Letal contra Travestis no Município do Rio de Janeiro. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, Disponível em: <http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/Upload/PDF6/004198_Physis.pdf> Acesso em: 10 fev. 2019.

CORREIO BRASILIENSE. *Rotina de exclusão e violência*. Disponível em: <<http://especiais.correiobraziliense.com.br/a-trajetoria-de-superacao-de-uma-transexual-brasileira>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Não há vagas... para trans*. Disponível em: <<http://especiais.correiobraziliense.com.br/a-trajetoria-de-superacao-de-uma-transexual-brasileira>>; Acesso em: 10 set. 2019.

DOWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: WMF Marfins Fontes, 2010.

EMERJ. *Comemoração ao dia internacional da luta contra a homofobia e transfobia*. Palestrante: Maria Eduarda Aguiar da Silva e Outros, Rio de Janeiro: EMERJ - Fórum Permanente De Violência Doméstica, Familiar e de Gênero 58, 2018, 1 DVD.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Ao menos 12 universidades federais do país têm cotas para alunos trans*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/05/ao-menos-12-universidades-federais-do-pais-tem-cotas-para-alunos-trans.shtml>> Acesso em: 14 dez. 2019.

G1. *Pela 1ª vez, pretos e pardos são mais da metade dos universitários da rede pública, diz IBGE*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/11/13/pela-1a-vez-pretos-e-pardos-sao-mais-da-metade-dos-universitarios-da-rede-publica-diz-ibge.ghtml>> Acesso em: 18 dez. 2019.

GOSEPATH, Stefan. Uma pretensão de direito humano à proteção fundamental. Tradução de Cláudia Toledo e Bráulio Borges Barreiros. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos Sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

HALBRITTER, Luciana de Oliveira Leal. O sistema de cotas raciais como ações afirmativas no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31., jul./set. 2005.

JUSTIÇA E CIDADANA. *A justiça por si só, e só para si, não existe*. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/a-justica-por-si-so-e-so-para-si-nao-existe/>>; Acesso em: 10 set. 2018.

KENNEDY, N. Crianças Transgênero: mais do que um desafio teórico. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências da UFRN*, v. 11, n. 2, p. 1-41, 2010.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, A. D. *Transgeneridade*: “Dor e delícia de ser o que é”. Disponível em: <http://www.sbece.com.br/2015/resources/anais/3/1429972411_ARQUIVO_Transgenerida-de-Artigo-SBECEVersaodeenvio.pdf>. Acesso em: 17 set. 2018.

MOIRA, Amara; et al. *Vidas Trans: A Coragem de Existir*. Bauru, SP: Astra Cultural, 2017.

NEVES, Paulo Sérgio da Costa. O contexto de emergência e de consolidação das políticas afirmativas na Universidade Federal de Sergipe. In: MARCON, Frank; SUBRINHO, Josué Modesto de Passos. *Ações afirmativas e políticas inclusivas no ensino superior: a experiência da Universidade Federal de Sergipe*. São Cristóvão: UFS, 2010.

POPPER, Karl. R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1974.

ROCHA, K. A. *Da política educacional à política da escola: os silêncios e sussurros da diversidade sexual na escola pública*. 2011, 165, p. Dissertação (Mestrado em Educação). Faculdade de Filosofia e Ciências, Campus de Marília - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, São Paulo, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao art. 1º, III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; Lenio L. (coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SEN, Amartya. *Desigualdade Reexaminada*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SILVA, Tomaz Tadeu. *Identidade e diferença*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Os Juizados Especiais Criminais à Luz da Jurisdição Constitucional. A Filtragem Hermenêutica a partir da Aplicação da Técnica da Nulidade Parcial sem Redução de Texto. In: *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24. Rio de Janeiro: EMERJ, 2003.

UOL. *Trans conseguem cotas e cursos em universidades, mas geram reações adversas*. Disponível em: <<https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2019/07/11/trans-conseguem-cotas-e-cursos-em-universidades-m-as-geram-reacoes.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2019.



EFEITOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS TRANSPORTADORAS EM EVENTO DE ROUBO DE CARGA

Ewellym Figueiredo de Souza

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC. Advogada.

Resumo – O tema do presente artigo se mostra de fundamental importância no âmbito social, econômico e jurídico. A temática traz o questionamento acerca da possibilidade da aplicabilidade da responsabilidade civil nos roubos de carga, discutindo juridicamente a sua viabilidade. O artigo aborda o crescimento demasiado do crime organizado que atua nos roubos de carga, alterando de forma brusca não só a economia do Brasil, mas como também a economia do estado do Rio de Janeiro, demonstrando a luta contra o crime, em especificamente o tipo penal da receptação. Visando abordar os impactos na economia, que engloba tanto os empresários e aqueles que acabam se tornando desempregados. Por fim, o presente trabalho, visa focar nos efeitos jurídicos, no sentido do que a política tem feito para reverter tais atos, bem como analisar como o poder legislativo vem atuando para frear tais roubos de carga por meio de projetos de leis, leis ou decretos.

Palavras-chave – Direito Civil. Responsabilidade Civil. Efeitos econômicos. Furtivo externo. Furtivo Interno.

Sumário – Introdução. 1. Da possibilidade da aplicabilidade da responsabilidade civil nos roubos de carga 2. Devida afetação dos eventos de roubo de carga na economia do estado do Rio de Janeiro. 3. Efeitos jurídicos dos casos recorrentes de roubo de carga que ocorrem no Arco Metropolitano no estado do Rio de Janeiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de aplicar a responsabilidade civil às transportadoras em caso de roubo de carga, e até que ponto as rotas adotadas pelas transportadoras podem configurar um furtivo interno. Procura-se demonstrar a repercussão de tais roubos na economia, no caso, suas respectivas consequências tanto no âmbito econômico, quanto no âmbito jurídico. Busca-se verificar também, a possibilidade dessas ocorrências afetarem a indústria como um todo, o que impossibilitaria até mesmo a entrega das cargas.

Para tanto o presente trabalho irá abordar tanto as posições doutrinárias, quanto as jurisprudências, debatendo assim as possíveis controvérsias que possam existir acerca do tema.

O presente tema traz controvérsias, uma vez que se deve verificar se há a possibilidade de aplicabilidade da responsabilidade civil às transportadoras, caso em que

suscita inúmeras discussões nos Tribunais Superiores, pois há vários entendimentos acerca de tal possibilidade.

Inicia-se no primeiro capítulo do trabalho com o já debate sobre a aplicabilidade da responsabilidade civil às transportadoras nos casos de roubo de carga, já buscando demonstrar as controvérsias e os diversos entendimentos que existem no debate do presente tema.

No segundo capítulo é realizada a análise das consequências trazidas pelos roubos de carga, no caso, verifica-se a possibilidade de afetação desses eventos na economia brasileira, em específico no estado do Rio de Janeiro.

Observa-se que para abordar a aplicabilidade da responsabilidade civil nesse caso, bem como verificar os devidos impactos que os presentes roubos podem ocasionar, deve-se discutir o fortuito interno e o fortuito externo, verificando assim, se as rotas adotadas pelas transportadoras podem configurar ou não um fortuito interno.

Por fim, o terceiro capítulo que visa buscar a discussão dos efeitos jurídicos dos casos recorrentes de roubo de carga que ocorrem no Arco Metropolitano, no estado do Rio de Janeiro e como isso pode um dia levar a um impacto severo na economia, uma vez que esses casos vem ocorrendo de uma forma tão corriqueira, que se pode chegar a um momento em que as transportadoras não queiram mais realizar determinadas entregas e isso vai afetar a indústria como um todo.

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. DA POSSIBILIDADE DA APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS ROUBOS DE CARGA

A responsabilidade civil surge através de uma obrigação não cumprida, seria então, uma conduta voluntária que viola um dever jurídico, o que configura um ato ilícito. Pode-se afirmar então que a obrigação é um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo.

Sendo assim, a transportadora ao se comprometer a entregar determinada mercadoria, tem esse comprometimento de realizar tal serviço que se entende como o dever originário da mesma, e caso esta obrigação não seja cumprida, surge então a responsabilidade¹, responsabilidade então retrata a ideia de contraprestação, uma reparação de dano.

No âmbito da responsabilidade civil, a obrigação pode ser de meio ou de resultado. Neste caso, ao abordar a responsabilidade civil das transportadoras, se observa que trata de uma obrigação de resultado, na forma do art. 749, do Código Civil², que diz que “o transportador conduzirá a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto”.

A obrigação de resultado nesse caso se verifica quando a transportadora tem como obrigação entregar a mercadoria, a carga, aqui o resultado é esperado, não sendo caracterizado a obrigação de meio, que seria os atos de desenvolvimento da entrega, o que importa é que a mercadoria seja entregue.

Insta salientar que caso seja imputada à transportadora a responsabilidade civil, a mesma será contratual, uma vez que o dever jurídico violado está previsto em um contrato e não em uma lei ou em alguma ordem jurídica, pois se assim estivesse, seria considerada uma responsabilidade civil extracontratual, que não é o objeto de estudo do artigo.

Deve-se observar que a responsabilidade do transportador começa no momento em que ele, ou seus prepostos recebem a coisa e termina no momento em que a coisa é entregue ao destinatário ou depositada em juízo, quando o destinatário não for encontrado, nos moldes do art. 750, do Código Civil.³

¹CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.14.

²BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

³Ibidem.

Há um entendimento majoritário, conforme Sergio Cavalieri, por exemplo, que diz que a responsabilidade no transporte de coisas, de mercadorias seria regido pelo art. 927, do Código Civil, uma vez que se estaria desempenhando uma atividade de risco ⁴.

O risco da atividade se engloba na responsabilidade objetiva, no caso, ocorre tal responsabilidade independentemente de culpa por parte do transportador, seria então uma culpa presumida, nos moldes do art. 927, parágrafo único do Código Civil⁵:

Art. 927, do Código Civil: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁶

Levando em consideração a teoria do risco, sendo configurada uma responsabilidade civil objetiva em que se estaria tratando sobre o dever de indenizar em casos de inexistência de um nexos causal, no caso estaria ausente o liame entre a conduta e o dano causado.

Porém deve-se ponderar que o risco, por si só, ainda que inerente, não basta para gerar a obrigação de indenizar, sendo considerado uma mera probabilidade de dano. Sendo assim, todas as atividades realizadas devem decorrer do dever de segurança, sendo um dever jurídico, e caso haja violação a esse dever, surge a obrigação de reparar.⁷

A teoria objetiva, que funda a responsabilidade extracontratual no risco criado pelas múltiplas atividades humanas, foi, sem dúvida, a que fixou as bases da nova concepção da responsabilidade sem culpa, passando do campo doutrinário para o direito positivo.⁸

Então seria justo as transportadoras responderem civilmente, independentemente de culpa? Há diversos entendimentos acerca do tema. Com isso se deve averiguar também se na obrigação ocorreu um fortuito interno ou externo:⁹

No que tange à responsabilidade dos contratantes, o transportador tem responsabilidade quanto ao recebimento, transporte e entrega nos locais e datas previstas; deve atuar com diligência, ou seja, observar todas as providências necessárias para manter no melhor estado possível o objeto de entrega; pela perda ou

⁴CAVALIERI FILHO, op. cit., p.217.

⁵BRASIL. op. cit., nota 1.

⁶ibidem.

⁷CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 221.

⁸LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ed. rev. e atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1998, p. 119.

⁹KASANO, André, et. al. *Responsabilidade Civil no Transporte de Cargas*. Artigo realizado pelos alunos da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em: <<https://pamellaflagon1.jusbrasil.com.br/artigos/244203376/responsabilidade-civil-no-transporte-de-cargas>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

extravio, furto ou avaria do bem e deve seguir as disposições eventualmente pactuadas em sentido de aviso de desembarque e entrega em domicílio, dentre outras. Em suma, o transportador é responsável por qualquer fato que incida sobre a coisa, respondendo de maneira objetiva.

Na atualidade verifica-se que há uma diminuição de investimentos na segurança pública, o que acarreta um grande aumento de incidência do roubo de carga a mão armada.

Nesse caso então poderia falar em exclusão de responsabilidade civil do transportador por fato de terceiro ou por caso fortuito, que seriam causas de rompimento do nexo de causalidade.

Deve-se ressaltar que o fortuito se divide em interno e externo. O fortuito interno estaria ligado a um fato imprevisível, que seria inevitável, se relacionando assim aos riscos da atividade que é desenvolvida pelo transportador, são então acontecimentos imprevisíveis, ligadas ao negócio desenvolvido pela transportadora.

Em contrapartida, o fortuito externo, também é um fato inevitável e imprevisível, porém não, está ligado aos atos desenvolvidos na atividade, seria então um fato que não guarda relação nenhuma com a atividade desempenhada pela transportadora por exemplo!¹⁰

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCADORIA. Autora narra **roubo de carga** por ela adquirida e indenização de apenas parte do valor pela Ré. A responsabilidade da transportadora se limita às hipóteses em que ela causa o dano. A perda da mercadoria por subtração mediante violência representa força maior. Jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça. Inexistência de prova de que a Ré tenha assumido responsabilidade contratual. Manutenção da improcedência da pretensão de receber indenização material e moral. RECURSO DESPROVIDO”.Des(a). LEILA MARIA RODRIGUES PINTO DE CARVALHO E ALBUQUERQUE - Julgamento: 26/09/2018 - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL.

Nesse caso, ocorreu um roubo de carga, em que fora imputada aos transportadores a responsabilidade civil objetiva, responderão então independentemente de culpa, uma vez que muitos autores entendem que o roubo de carga não é algo inesperado, imprevisível ou desconhecido pelo transportador.

Insta salientar que o Decreto n° 61.867/67, regulamenta os diversos seguros obrigatórios existentes, estabelece em seu art. 10:

Art. 10. As pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado que se incumbirem do transporte de carga, são obrigadas a contratar seguro de

¹⁰BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível n° 0007732-37.2013.8.19.0207*. Desembargadora: Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho Albuquerque. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004AB1BE532EF48879B4788DDD497E8C85BC509050A502B>> Acesso em: 08 abr. 2019.

responsabilidade civil em garantia das perdas e danos sobrevindos à carga que lhes tenha sido confiada para transporte, contra conhecimento ou nota de embarque.¹¹

O STF, no Recurso Especial nº 1.660.163/SP¹², de 09 de março de 2018, concluiu que o roubo de carga, pode ser equiparado a um fortuito externo, elidindo a responsabilidade do transportador, excluindo então nexos de causalidade, uma vez que estaria extrapolando os limites de suas obrigações.

A ministra Nancy Andrighi, em seu voto, retratou que não seria razoável a exigência de que os prestadores de serviços de transporte de carga alcancem uma absoluta segurança contra roubos, uma vez que a segurança pública é um dever do Estado.

Com esses dois julgados mencionados, verifica-se que há uma divergência entre os entendimentos de aplicabilidade da responsabilidade civil às transportadoras. Um entendimento que verifica que o roubo de carga seria algo intrínseco da atividade de transporte, um fortuito interno e outro que diz que seria algo estranho, no caso, seria considerado um fortuito externo da atividade prestada.

2. DEVIDA AFETAÇÃO DOS EVENTOS DE ROUBO DE CARGA NA ECONOMIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

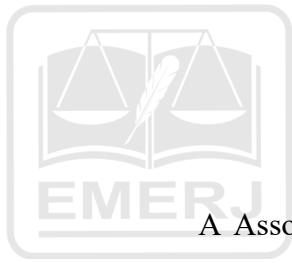
Analisando os dados do Sistema FIRJAN¹³, No Brasil, o roubo de carga vem crescendo consideravelmente. Conforme pesquisas recentes, em uma lista de 57 países, o Brasil foi apontado como o oitavo país mais perigoso para o transporte de cargas, inclusive à frente de países que enfrentam conflitos civis.

Insta salientar que o roubo de carga é um crime que acaba afetando a economia, levando até a uma perda da competitividade, uma vez que acaba transferindo os custos extras para a sociedade através do preço final das mercadorias, pois acaba aumentando o custo do frete, bem como o investimento em sistema de gerenciamento de risco, por exemplo.

¹¹BRASIL. *Decreto nº 61.867*, de 11 de dezembro de 1967. Regulamenta os seguros obrigatórios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D61867.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

¹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. n 1.660.163/SP*. Relatora: Nancy Andrighi. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1660163_36625.pdf?Signature=WBgc9vIRrjsHrzjKIdW0T%2FZEDzQ%3D&Expires=1554751010&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6d954e1781914924c3b131e937346668>. Acesso em: 08 abr. 2019.

¹³FIRJAN. *Publicações sistema Firjan. Pesquisas e Estudos Socioeconômicos*. Disponível em: <<https://www.firjan.com.br/publicacoes/publicacoes-de-economia/o-impacto-economico-do-roubo-de-cargas-no-brasil.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2019.



A Associação Nacional de Transporte de cargas e logística, verificou que a ação de associações criminosas especializadas em roubo de carga, acabou provocando prejuízos irreparáveis no setor de transporte de quase R\$2.000.000.0000,00 (dois bilhões de reais)¹⁴.

Deve-se ressaltar que acaba gerando uma perda da arrecadação de impostos para os Estados, com a prática de desacomercialização clandestina destas cargas. Nesse sentido, o crime de receptação ganha destaque, na medida em que ocorre o armazenamento e na venda dos produtos roubados¹⁵.

Pode-se verificar que ocorre a venda desses produtos provenientes do roubo de carga, em linhas férreas no estado do Rio de Janeiro, assim como no Centro do Rio de Janeiro, onde há uma enorme concentração de vendedores ambulantes que acabam vendendo produtos que no mercado formal custaria R\$20,00, e passa a vendê-los pela metade do preço por exemplo.

Toda a população tem conhecimento da procedência duvidosa de tais produtos e mesmo assim os compram, fomentando tais práticas. Sendo relevante dizer que tal conduta criminosa é a de receptação, e por meio desse ciclo de criminalidade, o Estado acaba se afetando economicamente, pois deixa de arrecadar impostos.

No caso da Região Metropolitana do Rio de Janeiro as transportadoras se viram obrigadas a implantar uma taxa extra que acaba variando de 0,3% a 1% do valor da carga ou R\$10,00 (dez reais) a R\$15,00 (quinze reais) por cada 100 Kg¹⁶.

Ocasionalmente também um aumento das taxas, principalmente o aumento dos valores dos fretes das transportadoras, em busca de uma maior segurança, gastos com escolta, seguros, prevendo o que pode acontecer, caso o roubo ocorra, acaba então aumentando os valores dos produtos como um todo.

E com todo esse aparato com o intuito de proteger a carga, ocorreu um aumento desenfreado dos seguros, aumentando assim as apólices. Com isso, as transportadoras acabaram criando uma taxa extra chamada Emex (Emergência excepcional)¹⁷, que foi criada especificamente para a região fluminense, onde os assaltos a carga acontecem com uma maior frequência.

¹⁴ABTC. *Roubo de cargas no Brasil: Cenário começa a mudar*. Disponível em: <<https://www.abtc.org.br/index.php/noticias/noticias-do-setor/item/5460-roubo-de-cargas-no-brasil-cenario-comeca-a-mudar>>. Acesso em: 09 set. 2019.

¹⁵FIRJAN, op. cit, p. 03.

¹⁶Ibidem.

¹⁷MURTA, Maria.CARDOSO, et al. *Roubo de Carga e os impactos na economia do Estado do Rio de Janeiro*.Página 16.Disponível em: < <http://periodicos.uff.br/sbijournal/article/view/10304/15949> >. Acesso em: 01 set. 2019.

Com o aumento desses valores, acaba levando a uma “cadeia” comprometedora, no sentido que com os aumentos dos custos para se transportar a mercadoria, aumenta-se os valores dos produtos e com isso diminui a demanda, então para obter uma margem suficiente de lucro, o custo do produto aumenta.

Sendo assim, os comerciantes são afetados, e as transportadoras também, na medida em que também sofrem com a queda da procura por transporte de mercadoria, uma vez que o lucro dos comerciantes, lojistas, diminuem e conseqüentemente acabam ficando com os produtos em estoque, não precisando mais dos serviços das transportadoras para buscarem mais produtos.

Conforme observado anteriormente, o roubo de carga afeta a arrecadação dos impostos por parte do Estado, gerando também o fechamento de empresas que acabam não conseguindo arcar com os custos operacionais, o que acaba levando a um desemprego em massa.

Conjuntamente ao crescimento dessas ocorrências, bem como ao combate ao roubo de cargas no Brasil tem sido dificultado por alguns, como uma maior atuação de grandes organizações criminosas, que acabam transformando esse crime em fonte de financiamento, bem como a falta de ações mais rigorosas voltadas para punir, em conjunto, todos os elos da cadeia criminosa e por fim, pela carência de estrutura das forças de segurança diretamente relacionadas ao combate ao roubo de cargas¹⁸.

Estima-se que com todo esse custo extra que as transportadoras acabam desembolsando, os produtos chegam ao consumidor final com um acréscimo de até 20%. De acordo com a Associação Nacional do Transporte de Cargas e Logística (NTC), tal custo de cada produto em média 1.5%, e tal percentual é somado com a Taxa de Gerenciamento de Risco, a qual já é embutida para arcar com os custos com a segurança¹⁹.

A título de ilustração, as transportadoras vêm investindo na implementação de softwares, bem como sistemas informatizados, que ajudam na segurança, recursos que ajudam no rastreamento da frota em tempo real, aumentando a segurança:

[...]os bloqueadores são dispositivos de segurança que permitem o bloqueio do veículo à distância, utilizando um pager embarcado no veículo. Trata-se de equipamentos simples, que têm, normalmente, funções antifurto como sensores de abertura de porta e bloqueio automático a partir de um determinado tempo após o

¹⁸FIRJAN, op cit., p. 1.

¹⁹MURTA, op cit., p. 17.

desligamento do veículo ou por meio de um botão ativado pelo motorista no veículo²⁰.

Diante de tanta insegurança, empresários em conjunto com o Sindicato Empresas e Transportes Carga do Estado do Rio de Janeiro (Sindicarga), criou um observatório com o intuito de estudar e monitorar os roubos de carga e a área do Arco Metropolitano fora escolhida para os estudos, por ser a região que mais ocorre os roubos²¹.

Levando em consideração esses aspectos, verifica-se que os impactos na economia são enormes, uma vez que se cria um ciclo vicioso, no sentido de que o aumento dos valores gastos com a segurança, taxas, afetam diretamente as vendas dos produtos, criando um desequilíbrio na oferta e demanda, o que leva ao fechamento de indústrias, lojas, que acabam não conseguindo se manter, acarretando assim o desemprego.

3. EFEITOS JURÍDICOS DOS CASOS RECORRENTES DE ROUBO DE CARGA QUE OCORREM NO ARCO METROPOLITANO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Como visto anteriormente, os roubos de carga vêm trazendo enormes prejuízos no setor econômico, bem como afetando o campo jurídico. No sentido de que acabou ocorrendo uma especialização do crime organizado no roubo de cargas, uma vez que o faturamento com a prática de roubo de carga já superou o tráfico de drogas.

A partir de uma entrevista realizada com os moradores de duas comunidades, verificou-se que quando a carga chega na comunidade, alguns moradores acabam sendo recrutados para fazerem a descarga do produto roubado, recebendo por isso.

Há comunidades em que os receptores das mercadorias utilizam notas fiscais frias, que são notas que não representam a operação financeira que foi de fato realizada, sendo assim os produtos roubados são distribuídos para pequenos comerciantes locais e camelôs²².

A título de ilustração, em agosto de 2017, ocorreu uma ação conjunta entre a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, a Marinha e o exército, os quais ocuparam as principais vias do estado inibindo a ação de bandidos e dando à população segurança.

²⁰MOURA, Luís C. B. *Avaliação do Impacto dos Sistemas de Rastreamento de Veículos na Logística*. Dissertação de Mestrado em Engenharia Industrial. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005, p.28.

²¹UNICAM. *Insegurança no Arco Metropolitano assusta caminhoneiros do RJ*. Publicado por Unicam. Disponível em: <<https://www.unicam.org.br/inseguranca-no-arco-metropolitano-assusta-caminhoneiros-do-rj/>> . Acesso em: 28 ago. 2019.

²²MURTA, op. cit., p. 15.

Porém com o tempo, tais operações acabaram ficando escassas, na medida em que tal operação acaba sendo de alto custo.

Diante disso, no plano jurídico, há quatro principais personagens no roubo de carga, aquele que realiza de fato o roubo, o informante, o atravessador e o receptador. Os informantes são aqueles que muitas das vezes são funcionários de empresas que transportam cargas que são visadas pelos criminosos, informando assim a rota, os horários. A conduta realizada pelo informante não é tipificada penalmente, somente poderia ser considerado partícipe do crime de roubo, no caso uma participação de menor importância.

O atravessador, por sua vez, é o responsável por oferecer os produtos roubados para os comerciantes locais, que as vezes para dar uma aparência de “legalidade” à conduta, emite notas fiscais falsas.

Por fim, há o receptador, que é o cerne do roubo de carga, uma vez que sem ele, não haveria a conduta criminosa. Os receptadores fomentam a prática do crime, aqueles que realizam a compra dos produtos roubados com valores bem inferiores aos encontrados na loja.

Sendo assim, deve-se combater primeiramente a receptação, conduta tipificada no art. 180, Código Penal²³. Tendo sua forma qualificada prevista no parágrafo primeiro do art. 180, do CP²⁴. No caso, deve haver uma reformulação das leis penais brasileiras no tocante ao receptador de carga roubada.

Levando em consideração esses aspectos abordados, verifica-se que o roubo de carga vem fomentando o crime organizado, uma vez que se encontrou nessa conduta delituosa uma forma mais rápida e mais fácil de obter dinheiro, passando à frente do Tráfico de drogas.

Toda essa problemática acaba gerando mais insegurança, mais custos para todo o Estado, custos para as empresas. Sendo assim, além das medidas realizadas por particulares, pelas empresas, deve haver medidas eficazes realizadas pelo Estado.

Devendo haver uma polícia mais integrada, mais aparelhada e mais treinada, devendo haver investimentos nesse setor. Verifica-se a existência da Delegacia de Roubos e Furtos do Rio de Janeiro (DRFC), umas das poucas especializadas no país com tal competência técnica e profissional, mas que não possui nenhum apoio governamental.

²³Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. BRASIL. Decreto n°2848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2019. Nota 2.

²⁴§ 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime. Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa. BRASIL, op. cit, nota 2.

Diante de todas essas problemáticas, em dezembro de 2015, na tentativa de inibir o crescimento do roubo de cargas, fora aprovado o decreto de número 8.614/15²⁵, que regulamentou a lei complementar 121²⁶, de 9 de fevereiro de 2006, com o objetivo de instituir uma Política Nacional de Repressão ao Furto e Roubo de Veículos e Carga, bem como disciplinar a implementação da fiscalização nas rodovias.²⁷

O Decreto prevê o estabelecimento de planos, programas e estratégias de ação voltadas para a repressão ao furto e roubo de veículos e cargas em todo o território nacional, prevê também alterações na legislação penal e de trânsito, bem como visa estimular a promoção da capacitação e da atuação dos órgãos e das entidades federais, estaduais, municipais e distritais.

Com a implementação desse decreto, ficou instituído também o Programa de Operações Integradas de Combate ao Roubo de Cargas (PROINT), que ficará encarregada de articular a repressão ao furto, ao roubo e à receptação de cargas que serão transportadas em operações interestadual ou internacional²⁸.

No caso, verifica-se que o setor de transporte vem reivindicando maiores investimentos na segurança, requerendo uma aproximação formal da polícia com o setor privado, por exemplo, bem como requerem também alterações no Código Penal, no que diz respeito ao crime de receptação.

Com o aumento do número significativo de roubo de cargas no Brasil como todo, o governo passou a adotar medidas, para reforçar tal prevenção e repressão aos crimes como contrabando, furto, roubo, receptação de mercadorias²⁹. Assim como entre as mudanças, há punições aos motoristas que usarem seus carros para cometer tais crimes.

Insta salientar que tais mudanças visam a alteração do Código de Trânsito Brasileiro, tendo como punições, a cassação da habilitação ou a proibição de obtenção do documento pelo prazo de cinco anos.

²⁵BRASIL. *Decreto nº 8.614*, de 22 de dezembro de 2015. Regulamenta Lei Complementar nº 121, de 9 de fevereiro de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8614.htm>. Acesso em: 17 de set. 2009.

²⁶BRASIL. *Lei Complementar nº 121*, de 9 de fevereiro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão ao Furto e Roubo de Veículos e Cargas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp121.htm>. Acesso em: 17 set. 2019.

²⁷MIGALHAS. *Roubo de Cargas*: Legislação, prejuízos e prevenção. Transportar carga no Brasil é tão perigoso quanto no Iraque ou na Somália, países em que há conflitos armados que se arrastam há anos. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270246,81042Roubos+de+cargas+legislacao+prejuizos+e+prevencao>>. Acesso em: 17 set. 2019.

²⁸Ibidem.

²⁹BRASIL. Senado Notícias. *Senado aprova regras mais duras para roubo de carga*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/06/20/senado-aprova-regras-mais-duras-para-roubo-de-carga>>. Acesso em 09 set 2019.

O Projeto de Lei nº 3627/2019³⁰ também inclui a previsão de extinção da empresa que distribuir, transportar ou comercializar produtos que sejam fruto de contrabando, descaminho, bem como de produtos falsificados³¹. Tal projeto já sofreu vetos, como a possibilidade de cassação do CNPJ da empresa que transportar produtos provenientes de crime por exemplo³².

Observa-se que nesse ano de 2019, os números dos roubos diminuíram no Rio de Janeiro, conforme um levantamento da Associação Nacional de Transporte de Cargas e Logística, mas o estado ainda lidera esse tipo de crime no país³³.

O estado do Rio de Janeiro, sempre liderou nas pesquisas, quando o assunto é o roubo de carga, principalmente na região do Arco Metropolitano que é a via mais utilizada pelos transportes pesados que realizam os transportes de cargas, porém tal localidade oferece pouca, ou quase nenhuma segurança aos motoristas, não possuindo câmeras, nem uma grande equipe de controle.

Porém, verifica-se que o governo do estado do Rio de Janeiro ainda não tomou nenhuma medida eficaz para combater essa prática criminoso em massa. Não se verifica o envio por exemplo de um policiamento ostensivo para a região, bem como não há nenhuma previsão de planos para melhoras.

Levando em consideração esses aspectos, a nível nacional, há decretos³⁴, projetos de leis³⁵ que visam à modificação desse quadro de impunibilidade dos crimes de roubo de carga, mudando o cenário jurídico, prevendo planos, medidas eficazes para o combate dessa conduta delituosa. Entretanto, a nível regional, no estado do Rio de Janeiro, não se verifica uma mobilização para o combate à essas organizações criminosas.

CONCLUSÃO

O tema em análise no presente artigo científico tem grande relevância jurídica e econômica, na medida em que visa a verificação da possibilidade da aplicabilidade da responsabilidade civil nos roubos de carga, através de análises, pesquisas, verifica-se que

³⁰BRASIL. *Projeto de Lei nº 3267/2019*. Alteração da Lei 9503, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1760995>. Acesso em: 17 set. 2019.

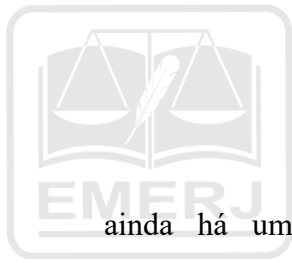
³¹BRASIL. Senado Notícias. op. cit., nota 29.

³²ABTC, op. cit. nota 14.

³³G1. *Roubos de carga no RJ diminuem, mas estado segue com pior índice do Brasil*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/06/26/roubos-de-carga-no-rj-diminuem-mas-estado-segue-com-pior-indice-do-brasil.ghtml>>. Acesso em: 17 set. 2019.

³⁴Brasil, op. cit., nota 25.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 5.



ainda há uma certa divergência entre os entendimentos acerca da aplicabilidade da responsabilidade civil às transportadoras.

Há entendimento que diz que o roubo de carga seria algo intrínseco da atividade do transporte, sendo considerado um furto interno, bem como há o outro entendimento que diz que o roubo de carga é um fato extrínseco, sendo considerado um furto externo.

Sendo assim, ainda há divergências nos Tribunais Superiores acerca do tema, que buscam a todo custo uma resposta, uma vez que essas divergências trazem decisões contraditórias, pois um Tribunal estaria reconhecendo a responsabilidade civil, e o outro não reconhece, o que leva a uma injustiça.

A partir da análise econômica, verifica-se que o crime organizado vem ganhando um certo destaque no crime de roubo de carga, no que tange o aumento considerável desse crime, principalmente do tipo penal de receptação, previsto no art. 180, do Código Penal. O crime organizado viu nesse crime uma forma de ganhar muito dinheiro de forma rápida, passando à frente do tráfico de drogas.

Diante dessa enorme insegurança, os empresários se viram obrigados a gastar mais com o aparato tecnológico, bem como com escoltas particulares, com isso muitos se viram “falidos”, uma vez que a oferta não estava em equilíbrio com a demanda. Sendo assim, surgiram impactos enormes na economia, aumento dos valores gastos com a segurança, aumento das taxas, que acabaram afetando diretamente a venda dos produtos.

Tal impacto econômico, levou ao fechamento de indústrias, lojas, o que acaba levando a um desemprego em massa, sendo assim, acabou se verificando um ciclo vicioso econômico, com perdas catastróficas.

Por fim, o trabalho buscou verificar o que se tem feito para melhorar tal cenário caótico no estado do Rio de Janeiro, reduzindo essa verificação no âmbito jurídico, analisando se foram criadas medidas que coíbam tal prática do crime.

Uma análise no âmbito do poder legislativo também, verificando que se foram criadas leis, decretos, portarias com intuito de estabelecer uma maior segurança, viabilizando penas mais graves, para tal conduta criminosa.

Levando em consideração esses aspectos, se verifica que pouco se tem feito para contornar esse cenário agravante que atinge o Arco Metropolitano, e o Rio de Janeiro como um todo, sendo necessário que haja mais leis e medidas eficazes para coibir a prática dos roubos de carga.

REFERÊNCIAS

ABTC. *Roubo de cargas no Brasil: Cenário começa a mudar*. Disponível em: < <https://www.abtc.org.br/index.php/noticias/noticias-do-setor/item/5460-roubo-de-cargas-no-brasil-cenario-comeca-a-mudar>>. Acesso em: 09 set. 2019.

BRASIL. *Lei Complementar nº121, de 9 de fevereiro de 2006*. Cria o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão ao Furto e Roubo de Veículos e Cargas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp121.htm>. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. *Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. *Decreto nº 61.867, de 11 de dezembro de 1967*. Regulamenta os seguros obrigatórios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D61867.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Decreto nº 8.614, de 22 de dezembro de 2015*. Regulamenta Lei Complementar nº 121, de 9 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8614.htm>. Acesso em: 17 set. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.660.163/SP*. Relatora: Nancy Andrichi. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1660163_36625.pdf?Signature=WBgc9vIRrjsHrzjKIdW0T%2FZEDzQ%3D&Expires=1554751010&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=6d954e1781914924c3b131e937346668>. Acesso em: 08 abr. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FIRJAN. *Publicações sistema Firjan. Pesquisas e Estudos Socioeconômicos*. Disponível em: < <https://www.firjan.com.br/publicacoes/publicacoes-de-economia/o-impacto-economico-do-roubo-de-cargas-no-brasil.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

KASANO, André, et al. *Responsabilidade Civil no Transporte de Cargas*. Artigo realizado pelos alunos da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em: <<https://pamellaflagon1.jusbrasil.com.br/artigos/244203376/responsabilidade-civil-no-transporte-de-cargas>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual pelo prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MIGALHAS. *Roubo de Cargas – Legislação, prejuízos e prevenção*. Transportar carga no Brasil é tão perigoso quanto no Iraque ou na Somália, países em que há conflitos armados que se arrastam há anos. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270246,81042Roubos+de+cargas+legislacao+prejuizos+e+prevencao>>. Acesso em: 17 set. 2019.

MOURA, Luís C. B. *Avaliação do Impacto dos Sistemas de Rastreamento de Veículos na Logística*. Dissertação de Mestrado em Engenharia Industrial. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005.



BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação cível nº 0007732-37.2013.8.19.0207*. Desembargadora: Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho Albuquerque. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004AB1BE532EF48879B4788DDD497E8C85BC509050A502B> > Acesso em: 08 abr. 2019.

MURTA, Maria. CARDOSO, et al. *Roubo de Carga e os impactos na economia do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: < <http://periodicos.uff.br/sbijournal/article/view/10304/15949> >. Acesso em: 01 set. 2019.

UNICAM. *Insegurança no Arco Metropolitano assusta caminhoneiros do RJ. Publicado por Unicam*. Disponível em: <<https://www.unicam.org.br/inseguranca-no-arco-metropolitano-assusta-caminhoneiros-do-rj/>> . Acesso em: 28 ago. 2019.

OS EFEITOS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE: PROBLEMATIZAÇÕES NA SUA APLICAÇÃO

Fábio José Silva de Assis

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado. Mestre e doutorando em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Resumo – O Código de Processo Civil de 2015 trouxe consigo uma série de inovações processuais visando assegurar as garantias fundamentais consagradas pela Constituição Federal de 1988, sobretudo com respeito à efetividade, razoável duração do processo e segurança jurídica. Mudanças significativas no tocante às tutelas provisórias foram estabelecidas, em especial na tutela antecipada, permitindo que sendo a urgência do caso contemporânea à própria propositura da ação, a petição inicial se limite ao requerimento da tutela antecipada e a indicação do pedido de tutela final. Este artigo jurídico tem como enfoque o novo instrumento processual da tutela antecipada antecedente, que visa garantir a eficácia de direitos urgentes e a evitar processos prolongados. Objetiva-se, de forma geral, discutir se a estabilização da tutela antecipada antecedente, ao exigir a interposição de um recurso específico e custoso para que não ocorra, não ofende os ditames constitucionais, em específico o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Tutela antecipada antecedente. Estabilização. Coisa Julgada. Constitucionalidade. Efeitos.

Sumário – Introdução. 1. Qual a aplicação das tutelas provisórias e o tratamento dado pelo Código de Processo Civil a elas. 2. Como deve ocorrer o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente diante da sua estabilização no CPC/15. 3. Problematizações quanto à estabilização da tutela antecipada antecedente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O CPC/15 permite que, sendo a urgência do caso contemporânea à própria propositura da ação, a petição inicial se limite ao requerimento da tutela antecipada e a indicação do pedido de tutela final (art. 303, caput). Ou seja, antes da própria propositura da ação, o autor se limita a formular o pedido de tutela antecipada de urgência, tendo, posteriormente, prazo para aditar a petição com seus demais argumentos (§1º).

Caso essa tutela antecipada antecedente seja deferida, a parte contrária poderá interpor o recurso cabível, que no caso é o agravo de instrumento (art. 1.015, I do CPC/15).



Se o referido não for interposto, determina o art. 304, caput, CPC/15 que a decisão proferida se estabiliza, extinguindo o processo sem resolução de mérito (§1º), mas conservando os efeitos da decisão (§2º).

Dessa maneira, há uma decisão proferida em sede de tutela antecipada, que mantém seus efeitos ainda que o processo não seja julgado com resolução de mérito, o que pode gerar problematizações quanto a sua eficácia e quanto a forma em que foi criada pelo legislador infraconstitucional.

Diante disso, o trabalho enfoca a temática do novo instrumento processual da tutela antecipada antecedente, que visa garantir a eficácia de direitos urgentes e a evitar processos prolongados que se pautem unicamente nesse direito. Todavia, ao exigir a utilização de um recurso para que sua decisão não se estabilize, pode acabar caracterizando uma verdadeira deformação da função a que pretendeu o legislador.

Objetiva-se, de forma geral, discutir se a estabilização da tutela antecipada antecedente, ao exigir a interposição de um recurso específico e custoso para que não ocorra, não ofende os ditames constitucionais, em específico o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF. Questiona-se se o CPC/15 não poderia ter adotado métodos mais simples para evitar a estabilização, como por meio de uma mera petição, de forma que a parte impugnante optasse por aguardar a decisão definitiva, sem ser forçada a recorrer.

Nesse sentido, é preciso passar pelos objetivos específicos ao tema, quais sejam: traçar um panorama histórico, teórico e prático sobre o CPC/15, buscando justificar as escolhas feitas pelo legislador infraconstitucional; traçar um panorama sobre as tutelas antecipadas no ordenamento brasileiro; revisar criticamente as repercussões geradas pela escolha do CPC/15 ao optar pela estabilização da tutela antecipada antecedente; e buscar meios alternativos de impugnação de decisões que não por meio do agravo de instrumento, que pudessem impedir a estabilização, sem a utilização de um recurso tão específico e custoso.

Com isso, traz-se como questões norteadoras se em um primeiro momento a tutela antecipada antecedente não força a parte contrária, caso concedida, a interpor um recurso muitas vezes custoso e não desejado. Ademais, a impugnação a referida decisão poderia se dar de forma mais simples, como por uma mera petição ao Juízo. Por fim, questiona-se se os efeitos da decisão não recorrida, ao se estabilizar, vão de encontro aos efeitos da coisa julgada material.

O primeiro capítulo analisará técnica e historicamente as principais características da tutela antecipada antecedente, com enfoque para as suas consequências e requisitos legais. Para tanto, serão utilizadas fontes legais, como o Código de Processo Civil, além de fontes doutrinárias e jurisprudenciais.

Em um segundo capítulo, pretende-se traçar um panorama da tutela antecipada de urgência no nosso ordenamento, revisando de forma crítica a escolha do CPC/15 em permitir a sua estabilização na ausência do recurso cabível.

Já no terceiro capítulo, serão estudadas ferramentas processuais alternativas, para a impugnação de decisões proferidas em sede de tutela antecipada antecedente, que não por meio do agravo de instrumento, que pudessem impedir a estabilização, sem a utilização de um recurso tão específico, complexo e custoso.

No que tange a metodologia, 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 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. QUAL A APLICAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS E O TRATAMENTO DADO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A ELAS

A tutela provisória é um gênero que comporta duas espécies: tutela de urgência e tutela da evidência. Elas têm como característica comum o fato de serem proferidas mediante cognição sumária, o que significa que o juiz, ao concedê-las, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica que ele vai analisar. Sendo assim, sua concessão vai se fundar em um juízo de probabilidade, ou seja, não há certeza da existência do direito da parte, mas uma aparência de que esse direito exista. Para facilitar o entendimento, importa trazer a esquematização abaixo:



Para aplicação de uma tutela provisória, deve-se analisar o grau de cognição. Quando se fala em cognição, há a cognição horizontal (ou extensão da cognição) e a cognição vertical (que é a profundidade). A cognição horizontal é basicamente definir quais as matérias podem ser objeto de decisão. E aí fala-se em cognição total (qualquer matéria pode ser alegada; conhecida pelo Juiz; por exemplo, nos embargos a execução há cognição total, pois lá pode ser alegada qualquer matéria de defesa; já na impugnação ao cumprimento de sentença, a cognição é parcial, pois só se pode alegar as matérias previstas em lei; embargos de declaração é cognição parcial, pois só se pode alegar omissão, contradição, obscuridade e, agora, no CPC, em seu art. 1.022, erro material¹. Essa cognição total ou parcial não reflete em diferentes espécies de tutela. A tutela que ela me dá em embargos de declaração, que só pode alegar o que a lei prevê, é exatamente a mesma tutela que ela me dá em uma apelação, em que posso alegar o que eu quiser. Não reflete em tutelas diferentes.

A cognição vertical, olhada pela sua profundidade, se trabalha com a cognição sumária e a cognição exauriente. Uma cognição sumária é uma cognição na qual o Juiz não tem acesso a todos os elementos de convencimento. Então, quando o juiz concede alguma tutela com cognição sumária, apesar de ter concedido a tutela, ele não teve acesso a todos os elementos do conhecimento e, por isso, ele formou um juízo de probabilidade. A cognição sumária trabalha com a idéia de direito provável.

A cognição exauriente, por sua vez, é aquela que ocorre quando o juiz tem acesso a integralidade dos elementos de convicção. Aqui, quando o juiz tem acesso para decidir todos esses elementos de convicção, ele consegue formar um juízo de certeza. Para nós isso é importante porque esse binômio: cognição sumária/juízo de probabilidade gera uma espécie de tutela (tutela provisória), enquanto que o binômio cognição exauriente/juízo de certeza me gera uma outra espécie de tutela (tutela definitiva). A tutela provisória sempre será substituída pela tutela definitiva.

As tutelas de urgência surgem no contexto do reconhecimento da demora na efetiva prestação jurisdicional. Trata-se, aqui, da demora razoável na duração do processo, a qual é

¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

fruto da necessidade de formação de uma cognição exauriente e aprofundada no plano vertical acerca de matérias complexas envolvendo as relações sociais. Assim, as tutelas de urgência surgem em salvaguarda a esse grupo de direitos passíveis de perecerem com o decurso do tempo, de forma a distribuir o ônus da demora processual. Conforme Mitidiero²:

Quando Calamandrei afirma o *periculum in mora* como nota distintiva da tutela cautelar, e Proto Pisani assevera que essa mesma tutela deve ser enquadrada como espécie de proteção que visa combater os danos que podem emergir da duração do processo, resta absolutamente claro que o objeto de consideração desses autores é a necessidade de aceleração da prestação jurisdicional [...].

O CPC/15 criou um capítulo chamado de tutela provisória. Sendo que, dentro da tutela provisória, o legislador prevê duas tutelas: a tutela provisória de urgência (dividida em tutela cautelar e tutela antecipada) e tutela da evidência. A diferença é o tempo como inimigo. Tutela de urgência é direito provável e o tempo como inimigo, enquanto que tutela de evidência é só direito provável. O art. 311 do CPC³ fala que a tutela da evidência independe do risco do tempo. Basta a evidência de que o direito exista. Ambas são provisórias, ambas tem juízo de probabilidade e ambas serão substituídas pela tutela definitiva.

Esse capítulo está organizado da seguinte forma: do art. 294 a 299 há as disposições gerais da tutela provisória. Encontraremos várias disposições que se referem tanto a provisória de urgência quanto a de evidência. Dos arts. 300 a 302 há as disposições gerais da tutela de urgência (regras aplicadas tanto a cautelar, quanto a antecipada). Dos arts. 303 e 304, falará sobre tutela antecipada. Dos arts. 305 a 310, tutela cautelar. E o art. 311 trata da tutela da evidência.

Qualquer espécie de tutela provisória pode ser concedida incidentalmente: já estando em andamento o processo, basta a parte peticionar pleiteando a concessão da tutela provisória cabível no caso concreto. Também poderá ser feito o pedido de tutela provisória como tópico da própria petição inicial. Sendo o pedido de tutela provisória feito incidentalmente, o art. 295 do CPC/15 dispensa o pagamento de custas.

Todavia, além da possibilidade de concessão da tutela provisória de forma incidental, o art. 294, p.ú., do CPC/15, permite também a sua concessão de forma antecedente, indicando, de forma expressa, que a “tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.⁴

² MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 128.

³ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁴ Ibidem.



O dispositivo supracitado nos traz duas hipóteses de tutela provisória de urgência: cautelar ou antecipada. Para fins do presente artigo, importa trazer a diferenciação de ambos os institutos, já que será dado enfoque para a tutela antecipada e suas características.

A tutela cautelar é uma tutela conservativa, portanto, visa garantir o resultado final do processo, preparando e permitindo a futura satisfação do direito. Já a tutela antecipada é uma tutela satisfativa, o que significa que ela satisfaz faticamente o direito, e, ao fazê-lo, garante que o futuro resultado do processo seja útil à parte vencedora. Um exemplo é a cautelar de arresto, quando o devedor está dilapidando todo seu patrimônio, podendo o credor fazer um pedido a fim de conservar o estado inicial das coisas, apenas para garantir que o seu direito de crédito eventualmente venha a ser satisfeito. Exemplo de tutela antecipada é o pedido, durante ação movida em face do Poder Público, para que, desde já, antes do trânsito em julgado, sejam providos tratamentos e medicamentos. Se o juiz conceder a tutela, o direito questionado está faticamente satisfeito.

Técnica interessante que pode auxiliar na tarefa de determinação do objeto e da consequência da tutela de urgência, e como consequência da sua natureza cautelar ou antecipada, é analisar se os efeitos práticos que a tutela gera se confundem – total ou parcialmente – com os efeitos que serão criados com o resultado final do processo. Havendo tal coincidência, a tutela de urgência será antecipada e, caso contrário, será cautelar.

Independente da natureza (cautelar ou antecipada), o CPC/15 unificou os requisitos para a sua concessão. Segundo o art. 300, *caput*⁵, tanto para a tutela cautelar, quanto para a tutela antecipada, exige-se o convencimento do juiz da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e é confirmado o entendimento quanto a unificação dos requisitos de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Nos dois casos, o fundamento será o mesmo: a impossibilidade de espera da concessão da tutela definitiva, sob pena de grave prejuízo ao direito a ser tutelado e de tornar-se o resultado final do processo inútil em razão do tempo.

Na hipótese de o juiz não estar plenamente convencido a respeito do pedido antecedente de tutela de urgência e acreditar que possa obter esclarecimentos para a prolação de uma decisão com maior segurança por meio da oitiva de testemunhas do requerente da tutela, poderá, antes de analisar o pedido, determinar a realização de uma audiência prévia de justificação. É nesse sentido que deve ser interpretado o art. 300, § 2º do CPC/15, ao prever que a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia⁶.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

O legislador ao elaborar o CPC/15 trouxe procedimentos diferenciados para a tutela cautelar e a tutela antecipada. Apesar de uma nítida aproximação procedimental entre as duas espécies de tutela de urgência, há dois aspectos que as diferenciam: a estabilização e o processo cautelar autônomo na hipótese de indeferimento do pedido de tutela cautelar formulado de forma antecedente. Por o enfoque do trabalho nos próximos capítulos ser na estabilização da tutela antecipada antecedente, é preciso estabelecer as linhas gerais desse procedimento.

O legislador manteve consagrado o princípio da fungibilidade das tutelas de urgência no parágrafo único do art. 305 do CPC/15. Note-se que a relevância prática da fungibilidade consagrada em lei limita-se ao pedido de tutela de urgência antecedente, já que no pedido incidental o procedimento é idêntico às duas espécies de tutela, sendo nesse caso irrelevante na prática a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada.

Todavia, ao conceder uma tutela antecedente, o juiz deve deixar claro que a tutela concedida é uma tutela antecipada, para que o réu saiba que se não se insurgir contra ela ocorrerá a estabilização prevista no art. 304 do CPC/15⁷. Por outro lado, caso denegue a tutela, é importante o autor saber se a tutela é antecipada, e assim deverá aditar a petição inicial no prazo de 5 dias para converter o pedido de tutela provisória em processo principal (art. 303, § 6º, do CPC/15); ou, sendo cautelar, prosseguirá com o processo normalmente.

2. PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE E SUA ESTABILIZAÇÃO NO CPC/15

Nos termos do art. 303, caput, do CPC/15, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. Como se pode notar do dispositivo legal, não se trata propriamente de uma petição inicial, mas de um requerimento inicial voltado exclusivamente à tutela de urgência pretendida, ainda que o § 4.^o⁸ do mesmo dispositivo legal exija a indicação do valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

Na hipótese de indeferimento do pedido, caberá ao autor, nos termos do § 6º do art. 303 do CPC/15, emendar a petição inicial em até 5 dias, sob pena de ser indeferida e de o

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

processo ser extinto sem resolução do mérito⁹. O prazo de cinco dias pode ser prorrogado pelo juiz, nos termos do art. 139, VI, do CPC/15, servindo para um aditamento, que na verdade converterá o pedido de tutela antecipada no processo principal.

O pronunciamento que indefere o pedido de tutela antecipada formulada em caráter antecedente é impugnável por meio do agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I, do CPC¹⁰. Nesse caso cabe ao agravante obter a concessão de efeito suspensivo para evitar a extinção do processo em primeiro grau, sendo evidente o risco que corre se não for atribuído ao recurso o efeito suspensivo.

Caso a tutela antecipada seja concedida, o art. 303, § 1.º, I, do CPC, exige que o autor adite a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 dias, ou em outro prazo maior que o órgão jurisdicional fixar, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 302, § 2.º, do CPC). De acordo com o §3.º do mesmo dispositivo, esse aditamento dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

Ultrapassado o procedimento em que deve ocorrer o pedido de tutela antecipada antecedente, nos termos do caput do dispositivo legal, a tutela antecipada concedida de forma antecedente se estabiliza se não for interposto pelo réu recurso contra a decisão concessiva de tutela antecipada. O CPC faz remissão expressa à tutela antecipada concedida nos termos do artigo legal antecedente (art. 303), excluindo a estabilização a tutela antecipada concedida incidentalmente.

O legislador fez clara opção de limitar a possibilidade de estabilização da tutela antecipada à sua concessão antecedente, de forma que sendo concedida de forma incidental, mesmo sem a interposição do recurso da parte contrária, o processo não deve ser extinto e a tutela antecipada não se estabilizará, nos termos do art. 304 do Novo CPC.¹¹

Há entendimento contrário¹² no sentido de ser afastada a estabilização ora analisada havendo impugnação da decisão concessiva da tutela antecipada por qualquer forma, recursal ou não. A contestação do réu também, por esse entendimento, é apontada como hábil a evitar a estabilização da tutela antecipada.

Nesse caso é preciso lembrar que o art. 303, II, do CPC, prevê que no pedido de tutela antecipada antecedente o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – V. 1. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 674.*

de mediação prevista no art. 334 do CPC. Significa dizer que o réu não será intimado para contestar, sendo que, tecnicamente, seu prazo para a apresentação de defesa nem terá se iniciado. É natural, portanto, que se o réu se adiantar e já contestar o pedido a tutela antecipada não se estabilizará. Mas também não deve ser descartada a possibilidade de o réu simplesmente peticionar nos autos expressando o desejo de participar de tal audiência, o que demonstrará, de forma clara, sua intenção de que o procedimento siga seu rumo regular.

Será inaplicável o art. 304 do CPC se o autor expressar sua vontade de que pretende, além da concessão da tutela antecipada, pronunciamento fundado em cognição exauriente capaz de gerar coisa julgada material. Contrariar a vontade do autor nesse sentido seria negar o exercício pleno de seu direito de ação, em manifesta violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrada no art. 5º, XXXV, da CF.

Havendo litisconsórcio passivo, é possível que apenas um ou algum dos réus interponha recurso contra a decisão concessiva de tutela antecipada, ou ainda se insurja por outra forma contra tal decisão. Ainda que se defendesse o contrário, nesse caso, somente se a defesa do litisconsorte que se insurgiu contra a decisão aproveitar ao réu que deixou de se insurgir será possível afastar a estabilização da tutela, qualquer que seja o teor da decisão ou da impugnação do réu não caberá a aplicação do art. 304, do CPC. A estabilização só se justifica com a extinção do processo, não tendo sentido que uma tutela antecipada seja estabilizada para um dos réus e não para os demais.

Pelo art. 304, § 1º, do CPC, preenchidos os requisitos para a estabilização da tutela antecipada o processo será extinto. Não há outra forma de se extinguir um processo que não seja por meio de sentença, já que a extinção naturalmente dependerá de uma decisão judicial, que nos termos do art. 203, § 1º, do Novo CPC, será uma sentença.

Nos termos do art. 304, § 6º, do CPC, a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada, mesmo que seus efeitos sejam estabilizados em razão da postura omissiva do réu. Após o decurso do prazo de dois anos para o ingresso da ação prevista no § 2º do art. 304 do CPC, a concessão de tutela antecipada se torna imutável e indiscutível. Pode se dizer que não se trata de coisa julgada material, mas de um fenômeno processual assemelhado, já que a estabilidade e a satisfação jurídica da pretensão do autor estarão presentes em ambas.

3. PROBLEMATIZAÇÕES QUANTO A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

A grande controvérsia surgida é se a estabilização da tutela antecipada antecedente, seguindo a literalidade dos dispositivos legais, só não ocorreria com o ajuizamento do agravo de instrumento pelo réu ou se, como dito anteriormente, outras formas de resistência serviriam para impedir a referida estabilização.

O caput do artigo 304 prevê que "A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso". Com isso, seguindo uma leitura literal da lei, somente com o ajuizamento do agravo de instrumento que seria possível afastar a estabilização. Todavia, doutrina e jurisprudência, como será visto abaixo, vem permitindo que outras formas de impugnação do réu impossibilitem essa estabilização.

Nessa linha, pode-se citar o que doutrina Cássio Scarpinella Bueno, que defende que outras formas de manifestação do réu já seriam suficientes para afastar a estabilização, não aplicando o art. 304 do CPC em sua literalidade. Defende o autor que qualquer forma de inconformismo do réu com a tutela provisória antecipada em seu desfavor deve ser compreendida como veto à sua estabilização¹³. Seguindo esse entendimento, o enunciado 43 do Fórum Nacional do Poder Público¹⁴ diz que:

Qualquer medida impugnativa apresentada pela Fazenda Pública que controverta o direito sobre o qual se funda a antecipação de tutela concedida em caráter antecedente constitui meio idôneo para impedir a estabilização da demanda, prevista no art. 304 do CPC.

Por outro lado, houve um processo legislativo que culminou no texto legal, de forma o termo “recurso”, afastou outras formas de impugnação. Portanto, o legislador se utilizou de uma interpretação restritiva, devendo ser respeitada sua real intenção.¹⁵

Mostrando uma contrariedade geral quanto ao texto legal, Theotonio Negrão, José Roberto Gouvêa, Luis Guilherme Bondioli e João Francisco da Fonseca afirmam:

¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 283.

¹⁴ FNPP. *Enunciados aprovados*. Disponível em: <<https://forumfnpp.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-ifnpp>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

¹⁵ VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Teresa. Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, vol. 263, p. 123-139, janeiro/2017

[...] qualquer ato de resistência do réu diante da demanda (p. ex., contestação) ou qualquer ato de insurgência contra a decisão antecipatória (p. ex., reclamação), manifestado no período de recorribilidade desta, barra a estabilização.¹⁶

A possibilidade da contestação evitar a estabilização ainda se mostra controversa em nossa jurisprudência, mas o STJ já vem proferindo decisões a seu favor, mostrando que não seria razoável obrigar a parte contrária a recorrer para evitar os efeitos da estabilização da tutela antecipada antecedente. Nesse sentido foi a decisão do STJ no julgamento do REsp 1760966/SP¹⁷:

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. [...]

4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença.

Importa trazer o entendimento de Rangel, com um viés mais prático e menos analítico, ao abordar a onerosidade e a morosidade de um recurso visto como único instrumento capaz de evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente. Diante disso, sugere Rangel¹⁸ que o magistrado, ao conceder a tutela antecipada antecedente, ordene, em primeiro lugar, a intimação e citação do réu para que apresente argumentos e provas relacionados à estabilização concedida.¹⁹

É nessa linha que vem seguindo o STJ²⁰, conforme jurisprudência recente colacionada abaixo:

¹⁶ NEGRÃO, Theotônio e outros. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 49. ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 374

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Resp n° 1.760.966-SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1778262&num_registro=201801452716&data=20181207&formato=PDF>. Acesso em: 18 fev. 2020.

¹⁸ RANGEL, Rafael Calmon. Os arts. 303 e 304 do CPC: da interpretação à aplicação, *Revista de Processo*, nov/2016. v. 261.2016. p. 210.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Resp n° 1.760.966-SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1778262&num_registro=201801452716&data=20181207&formato=PDF>. Acesso em: 18 fev. 2020.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.760.966 - SP (2018/0145271-6)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno.

2. O Código de Processo Civil de 2015 inovou na ordem jurídica ao trazer, além das hipóteses até então previstas no CPC/1973, a possibilidade de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a teor do que dispõe o seu art. 303, o qual estabelece que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo [...].

4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença

Outra problemática quanto a estabilização da tutela antecipada antecedente é se ela teria o condão de formar coisa julgada material. Segundo CPC/15, não há coisa julgada material, mas a tutela se torna estável, cabendo contra ela a propositura de uma ação revisional no prazo de dois anos. E após esse prazo de dois anos para a propositura da ação revisional, ocorre coisa julgada?

Essa discussão surge porque esgotado o prazo para rediscussão da tutela antecipada antecedente, nos termos do §2º do art. 304 do CPC/15, concretiza-se a proibição de repositura da mesma ação (artigo 337, §1º e 4º do CPC/15), tornando-a indiscutível e imutável (artigo 502 do CPC/15). Essa nova situação jurídica chama-se, indiscutivelmente, coisa julgada.

Ocorre que a parte inicial da norma do §6º do artigo 304 do CPC/15, parece contradizer essa afirmação. O que a referida norma determina é que não há coisa julgada enquanto for possível a repositura da ação prevista no §2º do art. 304 do CPC/15. A ênfase do legislador, neste dispositivo, é reforçar a estabilidade dos efeitos da tutela liminar, depois da extinção do processo e até eventual revisão, na forma procedimental do aludido §2º. Por conseguinte, enquanto perdurar o direito de revisão da tutela antecipada, não há coisa julgada.

Findo este direito, a tutela liminar será selada com a autoridade da coisa julgada (art. 502 do CPC/15).

Apesar de não haver o efeito positivo da coisa julgada a vedar a rediscussão do direito material - visto que a decisão que antecipa a tutela não julga o mérito da demanda, apenas se baseia em juízo de probabilidade do direito para sua concessão -, a decisão posterior não poderá modificar os efeitos já estabilizados, pois o legislador foi claro ao afirmar que somente a ação específica prevista no §2º poderia modificar ou revogar a decisão que estabilizou os efeitos da tutela antecipada antecedente (§6º do art. 304 do CPC/15).

Entretanto, após o prazo bienal para a propositura de ação rescisória, há a formação de coisa julgada soberana, a qual, ressalvados os vícios transrescisórios (os quais não são objeto do presente estudo), não poderá ser modificada, em homenagem à segurança jurídica. Dessa forma, mesmo sendo inegável a ocorrência de decadência do direito de propositura da demanda rescisória, entende-se que houve a concomitante formação de coisa julgada.

CONCLUSÃO

O CPC/15 refletiu uma conquista da sociedade que vem desde a promulgação da Constituição de 1988 e sua elaboração foi fruto de debates democráticos, na busca de inclusão da sociedade no processo judiciário e de uma justiça mais célere e eficaz. Nesse sentido, qualquer tutela provisória representa uma busca por efetividade das decisões judiciais, com a satisfação do direito material posto.

Com isso, o CPC/15 trouxe consigo modificações quanto a tutela provisória, em especial a tutela antecipada antecedente, permitindo a estabilização da sua decisão quando concedida e não interposto o recurso cabível.

A estabilização dos efeitos da tutela antecipada consiste em técnica que permite a manutenção dos efeitos da tutela antecipada concedida no âmbito da tutela antecipada antecedente, independentemente da existência de cognição exauriente, desde que observados os requisitos legais afetos ao procedimento.

Contudo, isso vem sendo alvo de críticas pela doutrina e flexibilizado pela jurisprudência, por representar não só um aumento no número de recursos e ações judiciais autônomas, mas também por forçar a parte contrária a muitas vezes utilizar de um recurso indesejado.

Se desconsiderada a obrigatoriedade de utilização do agravo de instrumento para sua estabilização, a estabilização da tutela antecipada antecedente pode ser considerada uma



evolução legislativa, pois torna suficiente uma decisão proferida em sede de cognição sumária.

O processo civil deve sempre representar um meio de concretização do direito material, nunca um obstáculo. Exigir a interposição de um recurso muitas vezes custoso e demorado, e não qualquer meio de impugnação que demonstre a insatisfação da parte contrária, pode representar uma afronta a direitos fundamentais e a Magna Carta.

Quanto a coisa julgada material, no intuito de se verificar se a estabilização proveniente da tutela antecipada requerida em caráter antecedente faz coisa julgada material no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que é instituto novo trazido pelo atual Código de Processo Civil, inovou-se ao possibilitar a satisfação do direito mesmo antes de se fazer pedido de provimento exauriente de mérito, e ainda, em situações específicas, poder estabilizar-se, extinguindo o processo e mantendo-se os efeitos da medida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Resp nº 1.760.966-SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1778262&num_registro=201801452716&data=20181207&formato=PDF>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 2. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DONIZETE, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

FNPP. Enunciados aprovados. Disponível em: <<https://forumfnpp.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-i-fnpp>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; CRUZ, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 49 ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

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

RANGEL, Rafael Calmon. Os arts. 303 e 304 do CPC: da interpretação à aplicação. *Revista de Processo*. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, v. 261, p. 199-228, nov. 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. I. 54. ed. Rio de Janeiro: GEN: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – V. I. 56. ed. rev., atual. e ampl.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELOS, Ana Paula; VASCONCELOS, Maria Teresa. Reflexões sobre a estabilização da tutela provisória no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



HABEAS CORPUS COLETIVO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Fabio Niemeyer de Souza

Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

Resumo – A tutela coletiva de direitos individuais, os quais possuem origem comum, ou seja, os direitos individuais homogêneos, tem por objetivo assegurar a observância de forma mais efetiva, dentre outros objetivos, da igualdade de tratamento entre os jurisdicionados e do pleno acesso à justiça. Nesse contexto, surge o *habeas corpus* coletivo, o qual, por ter uma natureza mais receptiva a inovações e flexibilizações processuais, se revela como meio idôneo a ser utilizado quando são constatadas violações à liberdade ambulatorial realizadas de maneira coletiva, mas que possuem origem comum.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Controvérsia sobre Questão de Direito. Risco de Ofensa à Isonomia e à Segurança Jurídica. Meio de Impugnação de Decisão Judicial

Sumário – Introdução. 1. Controvérsia sobre o cabimento de *habeas corpus* coletivo. 2. Controvérsia a respeito da possibilidade de utilização de *habeas corpus* coletivo em detrimento de outras ações coletivas. 3. Atuação da defensoria pública no *habeas corpus* coletivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa possui o objetivo de discutir as possibilidades de concessão do *habeas corpus* coletivo à luz da divergência existente no Supremo Tribunal Federal, bem como provocar uma reflexão sobre a concessão de tal ação coletiva à luz da Lei nº 13257/16 e do HC nº 143.641-SP.

Embora o sistema penitenciário esteja em situação absolutamente caótica, a concessão de *habeas corpus* coletivo depende que o grupo a ser beneficiado não esteja em situação fática e jurídica demasiadamente heterogênea, ou seja, é necessário que haja uma questão comum de fato ou de direito.

Além disso, é relevante se destacar que ainda que haja um grupo com características aparentemente muito semelhantes, é possível que alguns integrantes dessa coletividade não sejam beneficiados com a concessão do direito em situações excepcionais, como na hipótese da mãe que pratica crime mediante violência ou grave ameaça em face de seus descendentes, entre outras.

O cerne da pesquisa elaborada é desenvolvido no entorno desse contexto.

No primeiro capítulo, pretende-se abordar a divergência existente entre as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no que tange à concessão ou não do *habeas corpus* coletivo, bem como analisar se, diante dessa divergência, o juiz pode deixar de conceder o benefício da prisão domiciliar às mulheres presas que estiverem naquelas condições a que tal ação coletiva tutela.

Nesse sentido, para que seja cabível o manejo de *habeas corpus* coletivo para a tutela de direito individual homogêneo, é indispensável que, como em qualquer ação coletiva para a tutela de direitos coletivos dessa espécie, exista uma delimitação do grupo ou coletividade a ser tutelado, por intermédio da especificação de uma questão comum, seja ela de fato ou de direito, de forma a possibilitar um tratamento igual a seus membros e possibilite uma resolução única dessa lide.

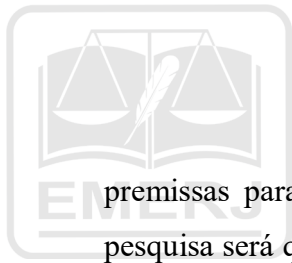
Já no segundo capítulo, a pesquisa sob exame busca ampliar a sua análise para questionar se o *habeas corpus* coletivo pode ser concedido em detrimento do manejo de outras ações coletivas.

Para isso, o capítulo aborda a controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito da possibilidade de impetração do *habeas corpus* coletivo, explanando o entendimento favorável ao cabimento de tal remédio heroico sem reservas para a tutela de direito individual homogêneo, bem como citando o entendimento contrário, o qual entende que o *habeas corpus* coletivo deve ser utilizado com ressalva, uma vez que a utilização sem limitação pode vir a afetar a segurança jurídica.

Por sua vez, no último capítulo, o presente artigo pretende debater a relevância da atuação da Defensoria Pública no *habeas corpus* coletivo, na função de *custos vulnerabilis*, com o objetivo proporcionar o efetivo acesso à justiça, principalmente no âmbito penal, à população integrante das camadas mais necessitadas da sociedade. No mesmo capítulo são abordados alguns casos paradigmáticos na jurisprudência, os quais comprovam a relevância desse órgão como legitimado à propositura de tal ação coletiva.

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, já que o pesquisador pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese.

1. CONTROVÉRSIA SOBRE O CABIMENTO DE HABEAS CORPUS COLETIVO

A liberdade de locomoção é uma espécie de direito fundamental que não pode sofrer restrição ou limitação alguma, à exceção das expressamente previstas em lei. Com o objetivo de assegurar o exercício de tal direito fundamental, a Constituição, em seu art.5º, inciso LXVIII (“conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”)¹, outorga a qualquer pessoa, seja ela nacional ou estrangeira, a garantia do *habeas corpus*.

O *habeas corpus*, cuja natureza jurídica é de ação autônoma de impugnação, possui a função primordial de afiançar a liberdade de ir, vir e ficar, ou seja, a liberdade de locomoção das pessoas. Além de previsão na Magna Carta, está disposto de modo semelhante no Código de Processo Penal, o qual estabelece que “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir”².

Utilizado primordialmente na seara criminal, tal espécie de ação autônoma de impugnação objetiva prevenir, bem como interromper qualquer limitação ilegal ou abusiva à liberdade de locomoção. Em razão disso, justifica-se a sua utilização para a impugnação de quaisquer atos judiciais, administrativos, ainda que advindos de particulares.

Já no âmbito da tutela coletiva, há controvérsia a respeito do cabimento do *habeas corpus* coletivo na jurisprudência pátria.

As ações coletivas são definidas como espécies de demanda propostas por um legitimado extraordinário ou substituto processual, em defesa dos direitos naturalmente ou acidentalmente coletivos, aptas à produção de uma decisão final cujos efeitos são extensíveis a uma comunidade ou coletividade.

¹BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/Constituicao.htm>> Acesso em: 01 jun. 2019.

²BRASIL. *Decreto-Lei nº 3689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/decreto-lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

Nesse sentido, para que seja cabível o manejo de *habeas corpus* coletivo para a tutela de direito individual homogêneo, é indispensável que, como em qualquer ação coletiva para a tutela de direitos coletivos dessa espécie, exista uma delimitação do grupo ou coletividade a ser tutelado, por intermédio da especificação de uma questão comum, seja ela de fato ou de direito, de forma a possibilitar um tratamento igual a seus membros e possibilite uma resolução única dessa lide.

Em razão da ausência de delimitação da coletividade a ser tutelada, são encontrados entendimentos não só no Superior Tribunal de Justiça³, bem como decisões monocráticas da lavra do Ministro Alexandre de Moraes, no âmbito da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal⁴, no sentido do não-cabimento do *habeas corpus* coletivo.

A justificativa para tal posição seria a ausência de demonstração, de maneira particularizada, do constrangimento ilegal sofrido, que implique coação ou iminência direta de coação à liberdade de ir e vir sofrido por cada um dos membros daquela coletividade, em relação a qual se requer a tutela.

Desse modo, como não se pode afirmar que a situação de todos seja idêntica, a ausência de individualização dessa coação ocasiona o desprovimento de tal remédio heroico.

Mais particularmente com relação ao HC n° 143.641/SP⁵, a alegação contrária à sua impetração é no sentido de que o seu cabimento beneficiaria um universo de mulheres indeterminadas ou indetermináveis.

Contudo, o entendimento que prevalece na jurisprudência é favorável ao cabimento do *habeas corpus* coletivo.

Isso porque, ainda que o STF admita a utilização com maior amplitude do mandado de injunção coletivo e da ADPF no que concerne aos direitos de grupos vulneráveis socioeconomicamente, para a garantia do direito de ir e vir e permanecer, seja individual ou de um grupo determinado de pessoas, o *habeas corpus* é o instrumento mais adequado, tanto o individual quanto o coletivo.

³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RHC 41.675/SP*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1643848&num_registro=201303432601&data=20171011&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2019.

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. *HC n° 148.459 AgR*, Relator: Ministro: Alexandre de Moraes, Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+148459%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd5abpl6>>. Acesso: 05 jul. 2019.

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 143.641*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%29%28143641%2E+OU+143641%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y647o7f6>>. Acesso em: 08 jul. 2019.



Além disso, embora não haja um dispositivo admitindo expressamente a possibilidade de impetração do *habeas corpus* coletivo, por intermédio de uma interpretação extensiva do art.654, §2º combinado com o art.580, todos do CPP, o STF entendeu pelo cabimento de tal espécie de ação autônoma de impugnação.

O art.654, §2º do CPP ⁶prevê a competência dos juízes e tribunais para expedirem de ofício a ordem de *habeas corpus* quando constatarem, no decorrer de um processo, que alguém está na iminência de sofrer ou já sofreu uma coação ilegal, o qual se configura como uma verdadeira hipótese de jurisdição sem ação para a garantia da liberdade de locomoção.

Já o art.580 do CPP⁷, que dispõe: “No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.” prevê o efeito extensivo dos recursos, o qual pode ser aplicado por analogia às ações autônomas de impugnação, que se torna fundamento para o cabimento do *habeas corpus* coletivo.

Ademais, ao disciplinar o microsistema da tutela coletiva juntamente com a lei nº7347/85, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art.83⁸, estabeleceu que: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”, o que consagrou a princípio da atipicidade das ações coletivas. Desse modo, também com base nesse princípio, admite-se a impetração do *habeas corpus* para a tutela da liberdade de locomoção de forma coletiva, apesar de não estar literalmente previsto em uma legislação específica.

No que tange às mulheres amparadas pela Lei nº 13.257/16 ⁹e pelo HC nº 143.641/SP¹⁰ (mulheres presas puéperas, grávidas, com filhos de até doze anos de idade e com deficiência), ainda que fosse cabível a ADPF, haja vista a violação de um preceito fundamental nesse caso ser flagrante, o número de legitimados para a propositura dessa ação é muito reduzido, o que dificultaria ainda mais o acesso à justiça dessa coletividade. Permitindo a impetração de *habeas corpus* coletivo, o Poder

⁶ BRASIL. op.cit., nota 2.

⁷ Ibid.

⁸BRASIL. Lei nº 8078/90, 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 jun.2019.

⁹BRASIL. Lei nº 13.257, 08 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm>. Acesso em: 03 jun.2019.

¹⁰BRASIL. op. cit., nota 5.

Judiciário admite que tais grupos vulneráveis utilizem os mecanismos processuais que estão ao seu alcance para a tutela de seus direitos.

Além disso, o argumento de que a concessão do *habeas corpus* coletivo beneficiaria uma quantidade indeterminada de mulheres deve ser refutado, uma vez que os advogados apresentaram listas e demais dados das mulheres que estão na situação de vulnerabilidade descrita, o que permite afirmar que nesse caso, direitos individuais homogêneos estão sendo violados, conforme dispõe o art.81, parágrafo único, III do CDC¹¹.

2. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE HABEAS CORPUS COLETIVO EM DETRIMENTO DE OUTRAS AÇÕES COLETIVAS

O *habeas corpus* coletivo é um remédio constitucional, em relação ao qual há divergência jurisprudencial a respeito de seu cabimento ou não, na medida em que se discute se os requisitos de admissibilidade para a impetração de um *habeas corpus* estão presentes. Isso se deve ao fato de que o *habeas corpus* pressupõe, com base no art.654, §1º do CPP¹², a existência de uma autoridade coatora (coator), de uma pessoa que sofre a coação ou coerção (paciente), e de uma pessoa que impetra a ordem (impetrante).

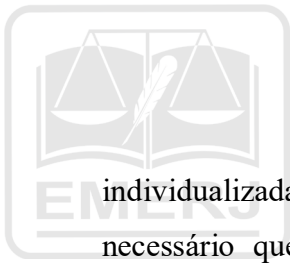
Dessa forma, a petição de *habeas corpus* deverá conter: o nome de quem sofre ou está ameaçado de sofrer violência ou coação e o de quem exerce a violência, coação ou ameaça, bem como a declaração da espécie de constrangimento, ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o temor e a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

Em razão disso, há na jurisprudência entendimento no sentido de que não seria cabível a impetração de *habeas corpus* coletivo, já que teria como pacientes pessoas indeterminadas e inviabilizaria não só a apreciação do constrangimento, mas também a expedição de salvo-conduto em favor dos supostos coagidos.

Além disso, sustenta-se que não há um rigor formal no sentido da obrigatoriedade de impetração de *habeas corpus* para cada paciente de forma

¹¹ BRASIL. op. cit., nota 8.

¹²BRASIL. op. cit., nota 4.



individualizada, mas para que o *habeas corpus* englobe mais de uma pessoa, é necessário que o cenário fático-processual de cada um dos interessados apresente identidade, de forma a viabilizar a concessão de tal remédio. Desse modo, entende-se ser imprescindível a individualização dos vários pacientes, não bastando a qualificação dos supostos coagidos como um grupo determinável de sujeitos em uma mesma situação fática, para que tal ação coletiva não venha a beneficiar um universo indeterminado ou indeterminável de supostos pacientes.

Ademais, no HC nº 148.459/DF¹³, afirmou ainda o Ministro Alexandre de Moraes que, para o cabimento do Habeas corpus coletivo, é necessária comprovação individualizada do constrangimento ilegal passível de contestação perante o Supremo Tribunal Federal, para que essa modalidade coletiva de remédio constitucional não seja utilizada como substitutivo de ações de controle de constitucionalidade em abstrato, atribuindo efeito vinculante a determinadas disposições legais para situações pretéritas, presentes e futuras, independentemente da verificação cada caso concreto pelo juiz competente.

Contudo, entendimento jurisprudencial majoritário entende pelo cabimento da impetração de *habeas corpus* coletivo.

No que tange particularmente ao caso do *habeas corpus* coletivo impetrado em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, bem como das próprias crianças – HC nº 143.641/SP¹⁴-, os autores da ação apresentaram listas contendo nomes e demais dados de inúmeras mulheres presas preventivamente e que se encontram na situação a ser tutelada, ou seja, grávida ou com filho de até doze anos.

Desse modo, é superado de plano o argumento no sentido de que as beneficiárias do *habeas corpus* nesse caso seriam pessoas indeterminadas ou indetermináveis.

Já no que concerne ao julgamento do *habeas corpus*, entende-se pelo cabimento de tal remédio constitucional em face de ato ilegal ou mediante abuso de poder, o qual venha a ocasionar ameaça ou mesmo lesão à liberdade de locomoção de

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 148.459. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+148459%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd5abpl6>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

¹⁴ BRASIL. op. cit., nota 10.

alguém, que seria o ato coator, com base no art.5º, LXVIII, CF/88¹⁵. Nesse sentido, pela própria literalidade do dispositivo, admite-se a sua utilização na modalidade coletiva.

Ademais, em relação ao argumento de descabimento de habeas corpus coletivo em razão de ausência de previsão legal, no que concerne ao microsistema da tutela coletiva, adota-se o princípio da atipicidade das ações coletivas, previsto no art.83 da Lei nº 8078/90¹⁶, razão pela qual se admite o manejo de habeas corpus em defesa de um direito naturalmente ou acidentalmente coletivo, apto à produção de uma decisão final cujos efeitos são extensíveis a uma comunidade ou coletividade.

Ocorre que os atos coatores estariam diluídos por todas as instâncias do Poder Judiciário, ou seja, seriam julgados por diferentes órgãos do Poder Judiciário, cuja competência será fixada de acordo com a autoridade que cometeu a coação ou violência à liberdade de locomoção.

Com base nesse argumento, os Ministros Edson Fachin e Dias Toffoli, no julgamento do HC nº 143.641/SP¹⁷, resolveram dividir seus votos em duas partes, na preliminar, decidiram pelo cabimento do *habeas corpus* coletivo. Uma vez cabível o *habeas corpus* coletivo, foi conhecido em parte, ou seja, apenas em relação aqueles coatores ou pacientes os quais, tecnicamente, o Supremo Tribunal Federal possui competência para analisar eventual ilegalidade ou coação, que seria "quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância", conforme estabelece o art.102, I, "i" da CF/88.¹⁸

Na doutrina, porém, há quem seja favorável ao cabimento de habeas corpus coletivo, bem como existem doutrinadores que são favoráveis a esse tipo de remédio constitucional, mas com reservas. O criminalista Délio Lins e Silva Júnior¹⁹ entende que, como o habeas corpus se trata de um relevante instrumento do regime democrático, a ser utilizado em favor das garantias fundamentais, deve ser usado sem limites ou amarras. Já o constitucionalista Gustavo Binjenbojm²⁰ entende que a utilização sem padronização de habeas corpus coletivo pode vir a afetar a segurança jurídica, na

¹⁵BRASIL. op. cit., nota 01.

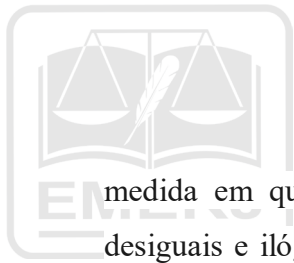
¹⁶BRASIL.op.cit., nota 8.

¹⁷BRASIL. op.cit., nota 10.

¹⁸BRASIL. op. cit., nota 01.

¹⁹ GALLI, Marcelo. *Cabimento de HC coletivo ainda divide opiniões dentro do meio jurídico e no STF*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/cabimento-hc-coletivo-ainda-divide-opinioes-meio-juridico>>. Acesso em: 07 set. 2019.

²⁰ BINENBOJM apud ibid.



medida em que a concessão indiscriminada desse instrumento pode gerar decisões desiguais e ilógicas entre tribunais, colocando em liberdade quem deveria permanecer no sistema prisional.

Desse modo, por mais que ainda haja divergência na doutrina, bem como na jurisprudência sobre o cabimento de *habeas corpus* coletivo, parece que o entendimento que prevalece, principalmente no que tange às mulheres que ostentam a condição de gestantes, puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, bem como das próprias crianças, é no sentido de cabimento desse tipo de remédio constitucional.

3. ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO *HABEAS CORPUS* COLETIVO

Em um país marcado por graves desigualdades sociais, o acesso concreto a direitos fundamentais também continua profundamente assimétrico. A carência econômica impõe barreiras materiais na possibilidade de alcance ao Judiciário e a limitação cultural leva a que muitos lesados, pertencentes a grupos vulneráveis, sequer tenham consciência da violação ao seu direito e dos meios para remediá-la.

Nesse cenário, os instrumentos processuais de proteção coletiva de direitos se configuram de suma importância para viabilizar o efetivo acesso à justiça, pois permitem que indivíduos sejam beneficiados por decisões judiciais, sem terem o ônus de recorrer ao Poder Judiciário.

Quanto à legitimidade ativa para a propositura do *habeas corpus* coletivo, ante a lacuna legislativa e a modernidade do instituto, surgiram algumas controvérsias que logo foram solucionadas pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 143.641²¹, a qual definiu que são legitimados ativos à impetração de tal ação constitucional as pessoas previstas no artigo 12 da Lei nº 13.300/16²².

No âmbito penal, como se tem ciência que o foco estatal da repressão se encontra concentrado nas camadas economicamente mais necessitadas, adquire extrema relevância a Defensoria Pública como legitimada à propositura de tal ação coletiva, uma vez que atua primordialmente na defesa da liberdade dos hipossuficientes.

²¹BRASIL. op. cit., nota 5.

²²BRASIL. 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: 19 set. 2019.

Contudo, ainda que seja uma função essencial à Justiça, como a Defensoria Pública ainda apresenta uma estrutura precária e um considerável déficit de membros em todo o país, entende-se que seja de premente necessidade que também a liberdade ambulatorial seja abrangida pela tutela coletiva.

No que concerne à tutela coletiva penal, por meio de *habeas corpus* coletivo, o defensor público atua como órgão interveniente, ou seja, na condição de *custos vulnerabilis*, que seria um terceiro interessado em nome próprio e não como representante direto de uma das partes da demanda penal. Como *custos vulnerabilis*, a intervenção defensorial ocorre para reunir, em prol do vulnerável, o máximo de informações, documentos e argumentos aptos a instruir o processo de forma a possibilitar ao julgador uma cognição ampla e profunda da problemática posta, enfrentando com maior grau de certeza e confiança o mérito do pedido.

Há inúmeros casos que demonstram não só a relevância da tutela coletiva da liberdade de ir e vir do cidadão, como também da atuação da Defensoria Pública, como órgão interveniente nessa espécie de demanda, o qual atua, em prol do hipossuficiente, na persuasão do julgador.

Em determinado caso concreto apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça²³, fora editada uma portaria pelo Juízo da Vara da Infância e da Juventude de Cajuru-SP, instituindo um toque de recolher para crianças e adolescentes, que se encontrassem nas ruas, desacompanhados dos pais após as 23h, em locais próximos a prostíbulos e pontos de vendas de drogas e na companhia de adultos que estivessem consumindo bebidas alcoólicas ou substâncias entorpecentes. Ante a pluralidade de sujeitos atingidos pelo ato em questão, o STJ admitiu o *habeas corpus* coletivo, concedendo a ordem pleiteada pela Defensoria Pública, em virtude do reconhecimento que a portaria em questão teria extrapolado os limites dos poderes normativos previstos pelo art.149 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90)²⁴.

Já no que tange à questão concernente à limitação das reuniões de adolescentes, que ficaram popularmente conhecidas como “rolezinhos”, o STJ também se manifestou favoravelmente ao cabimento de *habeas corpus* coletivo. No caso sob espeque, o Juízo da Vara da Infância e Juventude de Ribeirão Preto, com o objetivo de

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 207.720*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HC&processo=207720&b=A COR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 19 set. 2019.

²⁴BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L8069.htm> Acesso em: 19 set. 2019.



impedir a prática de tais manifestações, editou duas portarias destinadas a proibir o acesso e a permanência, em determinados dias da semana, de crianças e adolescentes desacompanhados de seus pais e responsáveis em “shoppings centers” da cidade. Ainda que não tenha conhecido do Habeas Corpus nº 320.938/SP²⁵, nos exatos termos do pedido formulado pela Defensoria Pública de São Paulo, o Ministro Luís Felipe Salomão concedeu a ordem liminar de ofício, a fim de restabelecer o integral direito de locomoção de todas as crianças e adolescentes daquela cidade.

Na mesma linha das decisões tomadas pelo STJ, no caso em que se discutia a possibilidade de impetração de *habeas corpus* coletivo para impedir a remoção ou autuação como incurso na contravenção prevista no art.47 do Decreto-Lei nº3688/41²⁶ das inúmeras pessoas que desempenham a atividade informal de “guardador de carro” ou de “flanelinha” na Comarca de Volta Redonda-RJ, o STF, o RE nº 855.810²⁷, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, foi favorável à admissibilidade de tal remédio heroico.

Dessa forma, a coletivização de demandas de origem comum traduz uma preocupação com a isonomia no tratamento entre os jurisdicionados e é nesse contexto que adquire extrema relevância a função desempenhada pela Defensoria Pública, já que, como uma das legitimadas à impetração do *habeas corpus* coletivo e possuindo como função primordial a defesa dos economicamente hipossuficientes, atuará com o objetivo de que seja dispensado um tratamento mais isonômico na entrega da tutela jurisdicional.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa demonstrou que, diante do direito a uma tutela constitucional efetiva, é necessário que os instrumentos processuais possuam idoneidade para a proteção dos direitos materiais que objetivam tutelar.

Diante disso, foi abordado pelo presente estudo a divergência existente na doutrina e na jurisprudência quanto à possibilidade de cabimento de *habeas corpus*

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 320.938*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=HC&processo=320938.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 set. 2019.

²⁶ BRASIL. op. cit., nota 6.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 855.810*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748451692>>. Acesso em: 18 set. 2019.

coletivo, tendo em vista os requisitos formais necessários para o manejo dessa ação também no âmbito da tutela coletiva.

Utilizando-se de uma interpretação ampliada de remédios constitucionais, visando ao seu fortalecimento, bem como do princípio da atipicidade das ações coletivas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a admitir a impetração de *habeas corpus* coletivo, a fim de tutelar a liberdade de locomoção de uma coletividade de pessoas.

Nesse contexto, foi impetrado o HC nº 143.641 perante o STF, com o objetivo de permitir a prisão domiciliar de mulheres gestantes, puérperas, mães de crianças ou de pessoas com deficiência, que se encontrem presas preventivamente ou cumprindo pena privativa de liberdade.

A abordagem do presente artigo demonstrou uma necessidade de atuação de forma mais efetiva das autoridades constituídas, para que o remédio constitucional sob análise seja mais eficaz em seu intento, de modo a conseguir tutelar um número maior de mulheres presas que se encontrem em situações excepcionais e colocá-las em prisão domiciliar.

Ademais, a presente pesquisa concluiu que, ao permitir a utilização do *habeas corpus* na tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, além de resguardar a economia e celeridade processuais, assegura a observância da igualdade de tratamento entre os jurisdicionados e o pleno acesso à justiça, especialmente para os hipossuficientes, notadamente em uma sociedade marcada pela desigualdade social, como é a brasileira.

Desse modo, pela análise do *habeas corpus* coletivo à luz da jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores, esse pesquisador entendeu que o tema carece da fixação de requisitos objetivos, de forma a definir quais grupos seriam realmente beneficiados, já que dessa forma, a Segurança Jurídica seria devidamente observada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 3.688*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13688.htm> Acesso em: 19 set. 2019.



_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L8069.htm> Acesso em: 19 set. 2019.

_____. *Lei nº 13.257*, 08 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13257.htm>. Acesso em: 03 jun.2019.

_____. *Lei nº 13.300*, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <www.planalto.gov.br/leis/L13.300.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RHC 41.675/SP*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1643848&num_registro=201303432601&data=20171011&formato=PDF>. Acesso em 03 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 207.720*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=HC&processo=207720&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 320.938*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=HC&processo=320938.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC. nº 143.641/SP*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%29%28143641%2EENUME%2E+OU+143641%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8r42jfw>> Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 148.459*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+148459%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd5abpl6>>. Acesso: 05 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 855.810*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748451692>>. Acesso em: 18 set. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Habeas corpus, revisão criminal e reclamação. In: CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito*. Bahia: Juspodivm, 2018.

GALLI, Marcelo. *Cabimento de HC coletivo ainda divide opiniões dentro do meio jurídico e no STF*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/cabimento-hc-coletivo-ainda-divide-opinioes-meio-juridico>>. Acesso em: 07 set. 2019.



LENZA, Pedro. Direitos e Garantias Fundamentais. *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. Ações autônomas de impugnação. *Manual de Processo Penal*. Bahia: Juspodivm, 2019.

SARMENTO, Daniel. *O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira*. Disponível em: <<http://www.ttb.adv.br/artigos/parecer-hc-coletivo.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2019.



CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA, DA TEORIA DOS RESULTADOS E DA PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Fernanda Caroline Pelisser

Graduada pela Universidade Federal Fluminense.

Resumo – A compreensão dos institutos de direito administrativo está intimamente ligada aos valores emergentes da ordem jurídica que estrutura o Estado. Nessa mesma lógica caminham as noções de discricionariedade administrativa e seu respectivo controle judicial. Considerando os parâmetros extraídos do direito constitucional brasileiro, não é possível afastar a possibilidade de controle judicial da Administração Pública, ainda que o tema seja o das políticas públicas. Este trabalho pretende demonstrar que a deferência judicial às decisões políticas do Estado e do Governo pode – e deve – ceder diante da vinculação do administrador a juridicidade administrativa, a uma teoria dos resultados e a obrigação de dar efetividade aos direitos fundamentais, dentro das possibilidades apresentadas na casuística.

Palavras-chave–Direito administrativo. Direito constitucional. Judicialização. Controle judicial. Políticas públicas.

Sumário– Introdução. 1. Controle judicial da Administração Pública. Juridicidade administrativa e estreitamento do mérito administrativo. 2. Políticas públicas. Definição e implementação. Teoria do resultado. 3. Políticas públicas. Omissão. Efetividade dos direitos fundamentais e mínimo existencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A sindicabilidade judicial dos atos provenientes do poder discricionário da Administração Pública, desde muito suscita controvérsias. Em que pese estar consolidada a possibilidade de controle judicial da discricionariedade administrativa, o alcance e a intensidade do controle ainda dividem opiniões na literatura jurídica.

Conforme foi sendo estruturado o Estado Democrático de Direito – cujo mais importante marco no Brasil foi o surgimento da Constituição de 1988 – fez-se necessária uma releitura da temática em questão. A emergência do fenômeno da constitucionalização do direito possui importantes reflexos para a Administração Pública, pois trouxe um extenso rol de direitos fundamentais a serem observados, de modo a proteger os indivíduos dos arbítrios do Estado.

Dessa maneira, a consolidação de uma Administração Pública pautada no princípio da legalidade teve que ser reinterpretada e ampliada. Mais do que à lei, a atuação administrativa se sujeita a um conjunto de valores emanados das regras e princípios

constitucionais ao que chamamos de juridicidade. A vinculação da Administração Pública à juridicidade administrativa leva a um estreitamento do mérito administrativo, ampliando as possibilidades do controle judicial.

Dentro dessa temática, o controle judicial das políticas públicas se reveste de complexidade e importância. As políticas públicas traduzem uma escolha do administrador—dentro da seara da discricionariedade — na determinação do interesse público a que se visa atender, correlata às decisões fundamentais do Estado e do Governo.

Tendo em vista a intrínseca relação com a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição, bem como a recorrente má-prestação ou omissão do Poder Público, há um crescente judicialização das políticas públicas, o que traz novos desafios para jurisdição brasileira.

Nessa toada, a contraposição do princípio da separação de poderes com o da inafastabilidade do controle jurisdicional, somada a consolidação da constitucionalização do direito administrativo, leva a questionamentos sobre a definição dos contornos da intervenção do Poder Judiciário sobre as políticas públicas, no que tange a liberdade valorativa dos poderes discricionários da Administração.

O presente trabalho busca a compreensão desse fenômeno controverso, trazendo os limites e contornos do controle judicial das políticas públicas. Procura-se analisar e problematizar o papel da jurisdição frente à definição das políticas públicas, bem como em relação às omissões da Administração em seu dever prestacional, com importantes reflexos na consecução das missões trazidas pela Constituição Federal.

Para tanto, inicia-se o primeiro capítulo apresentando as noções sobre controle judicial da Administração Pública, notadamente no que tange o estreitamento do mérito administrativo à luz da juridicidade administrativa.

O segundo capítulo se norteia pela compreensão das políticas públicas e da possibilidade de seu controle pela via judicial, em âmbito de definição e implementação das referidas políticas, tendo como paradigma a consagração de uma teoria dos resultados.

Por fim, o terceiro capítulo trata da intersecção entre políticas públicas e direitos fundamentais, possibilitando o controle judicial das omissões do Estado, com enfoque no embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível, valorizando a solução casuística dessa problemática.

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 – especialmente no que tange à análise doutrinária e jurisprudencial – para sustentar a sua tese.

1. CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA E ESTREITAMENTO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

Antes de se analisar as peculiaridades atinentes às políticas públicas e seu controle pelo Poder Judiciário, faz-se necessário esclarecer algumas premissas que serão consideradas pelo presente trabalho, correlatas ao tema do controle judicial da Administração Pública.

Em síntese introdutória, defende-se, aqui: (i) a vinculação da Administração Pública não somente à legalidade, mas ao princípio da juridicidade administrativa; (ii) a superação da dicotomia entre atos administrativos discricionários e vinculados, adotando-se a teoria dos graus de vinculação do ato administrativo. Como consequência, o estreitamento do mérito administrativo leva a uma teoria contemporânea acerca do Controle Judicial da Administração Pública.

A primeira premissa teórica caminha no sentido de posicionar a Administração Pública dentro de um contexto de constitucionalização do direito, sob a ótica as noções de juridicidade administrativa.

Historicamente, o direito administrativo surge junto com a consagração do princípio da legalidade, de forma a condicionar a Administração Pública aos ditames da lei. No entanto, a força emergente das normas constitucionais, com a conseqüente irradiação do direito constitucional aos demais ramos do direito, resulta em uma releitura dos institutos de direito administrativo à luz do Estado Democrático de Direito. No tocante a Administração Pública, a constitucionalização do direito administrativo sugere a substituição da vinculação da Administração não somente à lei, mas principalmente à Constituição.

Esse cenário traz a tendência – adotada no presente trabalho – de ampliar o conteúdo do princípio da legalidade pela chamada juridicidade administrativa. Sobre o tema, diz

Gustavo Binebojm¹ que “Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo”.

A propósito, no julgamento da ADC n° 12²³, a Ministra Carmem Lúcia destacou a vinculação da atuação administrativa à juridicidade, emanada tanto dos princípios constitucionais, como dos valores contidos na Constituição Federal. É como se depreende do seguinte trecho extraído do julgado:

[...] a juridicidade que obriga o Poder Público, em qualquer de suas manifestações pelos órgãos próprios, emana dos comandos constitucionais, não assim de norma infraconstitucional. Os princípios constitucionais aplicam-se a todos os Poderes da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (...) Nem precisaria haver princípio expresso - quer da impessoalidade, quer da moralidade administrativa - para que se chegasse ao reconhecimento da constitucionalidade das proibições de contratação de parentes para os cargos públicos. Bastaria que se tivesse em mente a ética democrática e a exigência republicana, contidas no art. 1º, da Constituição, para se impor a proibição de maneira definitiva, direta e imediata a todos os Poderes da República

Com a vinculação da Administração Pública à juridicidade administrativa, fundamenta-se a segunda premissa adotada no presente trabalho, qual seja: a superação da dicotomia entre atos administrativos vinculados e discricionários.

Dentro da visão da doutrina tradicional, Maria Sylvia Di Pietro⁴ explica que quando o regramento atinge a totalidade dos aspectos de um ato administrativo, diz-se que o poder administrativo é vinculado. Por outro lado, quando a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, remanescendo espaço para a escolha entre várias soluções possíveis, todas válidas para o Direito, estamos diante do chamado poder discricionário. A discricionariedade conferida ao Poder Público compreende a ideia não de um poder ilimitado,

¹ BINEBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.36.

²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC n° 12*. Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

³ A ADC n° 12 é um precedente emblemático para o estudo do controle judicial da Administração Pública, tendo em vista que foi consolidado o entendimento de que a vedação ao nepotismo não depende da literalidade da lei, mas decorre da aplicação dos princípios administrativos, em especial o da moralidade administrativa e o da impessoalidade. Desse julgamento resultou a edição da súmula vinculante n. 13, *in verbis*: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola Constituição Federal” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n° 13*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>).

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61-62.

mas condicionado aos limites do ordenamento jurídico, em conformidade com as noções de submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade.

Por sua vez, Gustavo Binenbojm⁵ sugere uma releitura da discricionariedade administrativa de forma a superar a dicotomia tradicional entre atos vinculados e discricionários. Nesse sentido, desenvolve uma classificação decorrente da vinculação do ato em diferentes graus de juridicidade, na seguinte escala decrescente de densidade normativa:

- a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares);
- b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares);
- c) atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares)

Trata-se do que o autor chama de um estreitamento do mérito administrativo, decorrente da importância crescente assumida pelos princípios – trazidos com o fenômeno da constitucionalização do direito –, o que aumenta a margem de vinculação do ato administrativo à ordem jurídica. O resultado desse estreitamento é, segundo o autor⁶, “(i) a redução das possíveis opções à escolha do administrador, dentro do quadro de juridicidade; (ii) a redução da discricionariedade a zero, quando restar apenas uma escolha conforme a juridicidade”.

Importante pontuar que a teoria supracitada foi aplicada pelo Ministro Luiz Fux, no AgRG em MS 26849/DF⁷.

A partir deste panorama, desenvolve-se a teoria contemporânea sobre o controle judicial da Administração Pública⁸.

Repise-se: com a consagração da vinculação da Administração Pública à juridicidade administrativa, reduziu-se o espaço de liberdade do administrador, tendo em vista a vinculação do administrador aos valores constitucionais que consolidam a proteção da pessoa humana e balizam a Administração Pública, oferecendo maiores parâmetros para que a

⁵ BINENBOJM, op. cit, p. 207-208.

⁶ Ibidem.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRG em MS 26849*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5914335>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

⁸ Para justificar o controle judicial sobre Administração Pública, foram elaboradas algumas teorias ao longo do tempo. Desde o século XIX, o Conselho de Estado francês já admite o recurso por excesso de poder, por meio do qual são analisados os vícios de competência e forma do ato emanado do Poder Público. No que tange o controle da discricionariedade administrativa, no entanto, foi com a elaboração da teoria do desvio do poder que se adquiriu verdadeira importância. Posteriormente, o controle passou a ser também exercido por meio do estudo dos conceitos jurídicos indeterminados, pela teoria dos motivos determinantes e, hoje, pela adequação dos atos administrativos com os princípios extraídos da Constituição Federal. Para o aprofundamento do tema, veja-se: PELISSER, Fernanda. *O controle judicial da discricionariedade administrativa no estado democrático de direito*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/2332/2214>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

atividade administrativa seja exercida. São exatamente esses limites constitucionais e legais que permitem o controle judicial da discricionariedade administrativa. Ou seja: se os limites existem, é possível que sejam desrespeitados, produzindo atos administrativos ilegais e, portanto, passíveis de revisão judicial.

De modo a sistematizar uma teoria adequada para a realização do controle judicial dos atos emanados pela Administração Pública, Gustavo Binenbojm⁹ propõe a análise de parâmetros (também chamados de *standards*) a serem observados em concreto. Dessa maneira, seria possível uma aferição dinâmica da possibilidade de controle judicial por sobre a atuação administrativa, levando em consideração as peculiaridades que a casuística trouxesse. Nesse sentido:

- (i) quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais (tanto em proveito de outros direitos fundamentais, como em prol de interesses difusos constitucionalmente consagrados), mais intenso deve ser o grau do controle judicial. (...)
- (ii) quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o grau de controle judicial. (...)
- (iii) quanto maior o grau de tecnicidade de matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau de controle judicial. (...)
- (iv) quanto maior o grau de politicidade da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (chefe do executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau de controle judicial. (...)
- (v) quanto maior o grau de efetiva participação social (direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau de controle judicial. (...)

Em caso de conflito entre esses parâmetros, utilizar-se-ia, segundo o autor¹⁰, da seguinte ordem de prioridades:

- 1º) o juiz deverá dar preferência à proteção do sistema de direitos fundamentais, como uma das expressões da sua posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro (controle mais severo);
- 2º) o juiz deverá dar preferência ao grau de objetividade do relato normativo (controle tanto mais brando quanto menor o grau) aplicável ao caso;
- 3º) o juiz deverá dar preferência tanto à legitimidade de investidura da autoridade, em relação às matérias políticas (controle mais brando), como à especialização técnico-funcional da autoridade, em relação às matérias que demandam expertise e experiência (controle mais brando), conforme o caso;
- 4º) o juiz deverá considerar, ainda, o grau de participação social no processo de tomada da decisão, como fator a ensejar um controle mais brando

Assim, privilegia-se, em primeiro lugar, a proteção dos direitos fundamentais, por meio da qual se invoca um controle mais amplo do Poder Judiciário. Da mesma maneira, se o

⁹BINEBOJM, op. cit., p. 235-237.

¹⁰Ibid., p. 238.



ordenamento jurídico oferecer elementos objetivos para pautar a atuação administrativa, o controle deve ser mais intenso.

Por outro lado, em matérias afetas a conteúdo estritamente político, ou técnico, o magistrado deveria privilegiar a expertise da Administração Pública, bem como a legitimidade dos agentes eleitos democraticamente. Essa mesma lógica aplica-se aos atos emanados com participação democrática dos cidadãos, de modo que o controle judicial, aqui, seria menos intenso para privilegiar o princípio democrático.

De todo o modo, com o advento do texto constitucional de 1988, há uma tendência de ampliação do controle do Poder Judiciário. De fato, a força principiológica que decorre da Constituição brasileira amplia os parâmetros de controle da Administração Pública, reduzindo a discricionariedade pela observância da juridicidade administrativa.

Por outro lado, a amplitude do controle da discricionariedade administrativa não significa a substituição do administrador pelo juiz, mas sim a proteção do interesse público, de modo a evitar os excessos – ou omissões – da atuação administrativa.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS. DEFINIÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO. TEORIA DO RESULTADO

Compreendidas as premissas para o controle da Administração Pública, pergunta-se: é possível o controle judicial das políticas públicas?

As políticas públicas são definidas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto como “o complexo de processos destinados a realizar, de modo coerente e coordenado, as decisões políticas setoriais do Estado e de Governo”¹¹. Considerando que a atividade estatal é direcionada à consagração dos direitos fundamentais, enquanto missão constitucionalmente atribuída ao Estado, o autor complementa esse conceito, afirmando que as políticas públicas constituem “um complexo juspolítico de processos destinado à efetivação dos direitos fundamentais”¹².

Considerando a noção introdutória trazida acima, verifica-se que a definição das políticas públicas abrange um processo que visa a tomada de decisões fundamentais do Poder Público, em âmbito estritamente correlato ao domínio da política. De tal modo, trata-se de seara que implica em uma alta margem de liberdade para a atuação do administrador – ou

¹¹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 209.

¹² *Ibidem*, p. 219.

seja, de discricionariedade administrativa. Tendo em vista essas peculiaridades, a questão atinente a possibilidade de controle judicial é controversa.

Dentro da temática atinente à discricionariedade do administrador, já foi apresentado o posicionamento do presente trabalho no que diz respeito ao estreitamento da do mérito administrativo, tendo em vista a vinculação da Administração à juridicidade. Essa premissa implica em inferir que a atuação do administrador – ainda que subsista liberdade – está, no mínimo, vinculada aos princípios constitucionais e, portanto, passível de ser controlada mediante a provocação do Poder Judiciário.

Considerando essa premissa, defende-se, aqui, uma resposta afirmativa à questão acima proposta, já que não se mostra compatível com o nosso sistema constitucional a existência de um campo de atuação administrativa inteiramente imune ao controle jurisdicional.

Serão analisados dois importantes parâmetros para que o referido controle seja realizado: (i) a Administração Pública possui a obrigação de atingir resultados constitucionalmente previstos na definição e implementação das políticas públicas; (ii) os direitos sociais são direitos fundamentais e, portanto, possuem efetividade. Essa segunda questão será analisada no capítulo subsequente.

No que tange à teoria dos resultados, apesar de ter origem nas ciências administrativas, essa teoria, aplicada à Administração Pública, deve ser “coerentemente adaptada em referência aos imperativos de efetiva realização das diretrizes constitucionais que orientam e balizam os Poderes Públicos.”¹³ Especificamente quanto ao objeto deste trabalho: a Administração Pública tem o dever de atingir os resultados ambicionados quando da consecução das políticas públicas.

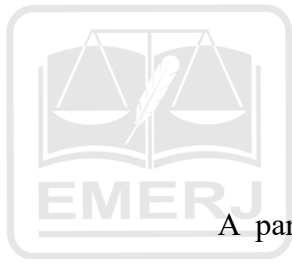
Conforme se depreende das lições de Diogo de Figueiredo¹⁴, as políticas públicas são resultantes de um complexo processo que, para o jurista, seria composto por três fases: a fase constitucional, a fase governamental e a fase administrativa.

Toda a política – assevera o autor – deve ser obrigatoriamente uma “política constitucionalmente referida”¹⁵. Nesse sentido, uma primeira fase visa à definição de políticas de estado, a qual está vinculada ao comando constitucional que molda e predetermina as prioridades estatais.

¹³MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008., p. 135.

¹⁴ *Ibidem*, p. 214.

¹⁵ *Ibidem*.



A partir da vinculação à generalidade do texto constitucional, o Governo deverá escolher as “linhas de ação específicas possíveis”¹⁶, mediante a atuação cooperativa dos Poderes Legislativo e Executivo, concretizadas pela formulação, planejamento e orçamentação das políticas públicas. Nessa fase, definem-se as políticas de governo, consubstanciando um processo de instrumentalização infraconstitucional das escolhas do governo.

O terceiro nível é conferido exclusivamente à Administração Pública e consiste na “execução da política governamental”¹⁷. Aqui, definem-se as políticas administrativas para efetivar a política governamental, constituindo espaço de exercício de discricionariedade pelo administrador, no que tange as decisões gerenciais que serão tomadas para realizar o interesse público que foi constitucionalmente definido e governamentalmente decidido.

Nesse sentido, as decisões setoriais do Estado são formadas a partir de um processo complexo, composto por diferentes fases, cada qual pautada na juridicidade e com a finalidade de atingimento do interesse público. Em última análise, todas as fases decorrem da Constituição.

Partindo desses pressupostos, Diogo de Figueiredo¹⁸ correlaciona as seguintes possibilidades de controle das políticas públicas: i) na definição da política governamental, faz-se possível um controle de constitucionalidade e de legitimidade; ii) na definição da política administrativa, agregam-se as possibilidades de controle da legalidade, da moralidade e da economicidade.

Em suma, os trâmites que levam a uma política pública – desde o planejamento, passando pela orçamentação, até a execução – devem estar em conformidade com o interesse público e com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Notadamente, exige-se a concretização dos resultados constitucionalmente exigidos do administrador. A dimensão finalística dos resultados exige mais do que intenções, mas eficiência e legitimidade na ação governamental.

O que se defende é que as escolhas políticas estejam em conformidade com os objetivos constitucionalmente previstos, não podendo o administrador se esconder por detrás da “discricionariedade administrativa” para imunizar sua atuação do controle estatal. Veja-se que a eficiência constitui postulado constitucional que rege a Administração, conforme o art.

¹⁶Ibidem.

¹⁷Ibidem, p. 216.

¹⁸MOREIRA NETO, op.cit., 2018, p. 218.

37, *caput* da CRFB/88¹⁹, de modo que se exige qualidade na implementação de políticas públicas pela Administração – dentro, é claro, dos limites dos recursos públicos.

Nessa seara, destaca-se a importância de uma boa administração, pautada na concretização de resultados, com base em uma dimensão finalística que passa pelos princípios a eficiência, da moralidade, da qualidade do resultado, dentre outros – sejam explícitos ou implícitos no texto constitucional.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO. EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E MÍNIMO EXISTENCIAL

Além do paradigma trazido pela teoria dos resultados – com enfoque na eficiência administrativa e na boa administração – outra questão atinente ao controle judicial das políticas públicas diz respeito a necessária efetividade dos direitos fundamentais.

Estabelece o art. 5º, §1º da CRFB/88²⁰ que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isso significa que os direitos fundamentais são aplicáveis independentemente de intermediação legislativa.

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais que impõe prestações positivas ao Estado é controversa, pois envolve a incidência de um alto número de normas programáticas, uma matéria de alta complexidade política e a exigência de dispêndio financeiro de recursos públicos muito elevado para sua implementação.

Os direitos sociais prestacionais possuem necessariamente repercussão econômica. Diante disso, entende-se que esses direitos de status positivo são aplicáveis à luz da reserva do possível (ou teoria das escolhas trágicas), tendo em vista que são concretizados até o limite dos recursos disponíveis das possibilidades orçamentárias e financeiras do Estado.

Conforme ensina Daniel Sarmiento²¹, a teoria do reserva do possível tem origem no Tribunal Constitucional Alemão a partir da decisão do célebre caso conhecido como *Numerus Clausus*²², versando sobre a universalidade do acesso ao ensino superior. A Corte decidiu que, diante da limitação dos recursos do Estado, ele se vê forçado a fazer escolhas alocativas, estabelecendo prioridades para o atendimento dos interesses da coletividade. Assim, só cabe

¹⁹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

²⁰Ibidem.

²¹SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 229.

²²ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal Alemão. *BVerfGE 33 303* in: ibidem.

ao particular exigir do Estado, a luz da reserva do possível, o que ele tem condições de prestar.

Ingo Wolfgang Sarlet²³ explica que a reserva do possível envolve: i) dimensão fática, no que tange a disponibilidade dos recursos públicos; ii) dimensão jurídica, relacionada a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; e iii) proporcionalidade da exigência da prestação. Consagra, portanto, uma limitação fática e jurídica para a efetivação dos direitos prestacionais.

Nesse contexto, é possível que o Poder Judiciário determine a implementação de políticas públicas necessárias a concretização desses direitos fundamentais?

Entende-se, majoritariamente que, em certas situações, é possível essa atuação do Judiciário, sem que isso viole o princípio da separação de poderes, já que a reserva do possível: i) não pode ser utilizada como desculpa para nada ser feito, com a intenção de fraudar a aplicabilidade de direitos fundamentais; ii) não exime o Estado de proteger o mínimo existencial; e iii) não possibilita ao Estado retroceder nas conquistas já asseguradas.

Nesse sentido, em primeiro lugar, a impossibilidade de atendimento da demanda prestacional deve ser demonstrada pelo Estado, ao qual incumbe o ônus da prova, conforme afirma Sarlet²⁴. Ressalva-se que o obstáculo jurídico e econômico deve considerar não frente demanda individual, mas à universalização da prestação postulada²⁵.

Ademais, a reserva do possível não serve como um escudo para que o Estado se exima de oferecer as pessoas aquilo que é minimamente necessário para sua subsistência. Trata-se da consagração de um direito fundamental às condições mínimas para uma existência que resguarde a dignidade humana. O objetivo constitucional é a consecução dos direitos fundamentais como um todo; diante da impossibilidade de recursos, protege-se, ao menos, o núcleo fundamental para uma vida digna.

O mínimo existencial deve ser assegurado pelo Estado, independente da alegação da reserva do possível²⁶. Ainda que não se reconheça a absoluta inoponibilidade do mínimo existencial em face das possibilidades econômicas do Estado, trata-se – nas palavras de Sarmento²⁷ – de forte prioridade estatal, passível de ser controlada judicialmente.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 296.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 632.

²⁵ SARMENTO, op.cit., p. 231.

²⁶ SARLET, op.cit., 2015, p. 332 -333.

²⁷ SARMENTO, op.cit., p. 232.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal²⁸:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável 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. (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (...)

Com fundamento na proteção do mínimo existencial referente ao direito à educação, o STF²⁹ já chancelou decisão de Tribunal de origem que determinava o cumprimento, pelo Poder Público, do atendimento em creche para crianças de até 5 anos de idade. Nessa oportunidade, a Corte Constitucional alegou que a teoria dos custos dos direitos não pode ser invocada para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais previstos constitucionalmente. Em seu voto, o Min. Celso de Mello sustentou:

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe ao Poder Público de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado, “obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência” (WILSON DONIZETI LIBERATI, “Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar”, “in ” “Direito à Educação: Uma Questão de Justiça”, p. 236/238, item n. 3.5, 2004, Malheiros), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípuo destinatário.

Em outro julgado³⁰, salientando a prioridade do direito à saúde, o STF manteve decisão que determinava a implementação de um plano municipal para controle de tuberculose. Veja-se um trecho do voto do Min. Celso de Mello:

Tratando-se de típico direito de prestação positiva – garantia do direito à saúde mediante políticas públicas para redução do risco de doença e de outros agravos (“elaboração do plano municipal de controle da tuberculose”) –, que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República, tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADPF&numero=45&origem=AP>>. Acesso em: 16 set. 2019.

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 1.101.106*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281101106%2EENUME%2E+OU+1101106%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y58vyqp5>>. Acesso em: 16 set. 2019.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. *AGR em RE n° 1165054*. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281165054%2EENUME%2E+OU+1165054%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y3wb6dqa>>. Acesso em: 16 set. 2019.



disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial

Também com o escopo de proteção do direito a saúde, o STF³¹ validou a tese acerca da possibilidade de determinação judicial para fornecimento gratuito de medicamentos aos portadores de HIV, tendo em vista que “o direito a saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste à todas as pessoa – representa consequência constitucional indissociável do direito a vida”.

Ademais, em importante precedente, a Corte Constitucional³² reconheceu o estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema carcerário brasileiro e determinou: i) o a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional; ii) a implementação por juízes e tribunais das audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão

Por fim, para além do mínimo existencial, a reserva do possível também não é fundamento para justificar retrocesso social. Os direitos fundamentais possuem uma eficácia restritiva, da qual decorre o princípio da vedação ao retrocesso social (ou não retrocesso social ou proibição da evolução de contrarrevolução social ou proibição da evolução reacionária ou efeito clicquet). Assim, uma vez reconhecido um direito fundamental prestacional, não é possível aniquilar o seu núcleo essencial.

É o que se depreende da obra de Canotilho³³:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação”, ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.

De tal modo, em tema de políticas públicas, a intervenção do Poder Judiciário vem sendo admitida em sede doutrinária e jurisprudencial, tendo como norte a efetividade dos direitos fundamentais. Desse corolário se extrai a superação do paradigma da reserva do possível como um escudo para a Administração Pública se eximir de suas missões

³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro: Celso de Mello. *RE n° 271.286*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2ENUMER%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y6pr46t4>>. Acesso: em 16 set. 2019.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=347&processo=347>>. Acesso em: 16 set. 2019.

³³CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 339-340.

constitucionais. Conquanto sejam – e muito – importantes, as limitações fáticas e financeiras devem ser demonstradas pelo Poder Público na casuística; ademais, como visto, não se sobrepõe ao mínimo existencial, nem ao princípio da vedação ao retrocesso.

CONCLUSÃO

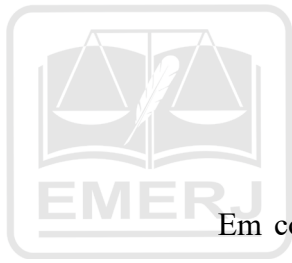
A análise e a compreensão dos institutos do Direito Administrativo não podem ser desvinculadas dos paradigmas trazidos pelo texto constitucional. De tal modo, é simples constatar que inexistente liberdade irrestrita na atuação administrativa, ainda que dentro da definição e implementação das decisões políticas essenciais do Estado e do Governo.

Partindo dessa proposição, constatou-se neste trabalho a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, com base em três paradigmas, extraídos da sede doutrinária e jurisprudencial.

No primeiro capítulo, sedimentou-se a noção acerca da vinculação da Administração à juridicidade administrativa, compreendida como os valores e princípios emanados de nossa ordem constitucional. Em seguida, no segundo capítulo, adotou-se a teoria dos resultados, de modo a inferir que, na implementação e definições das políticas públicas, o administrador deve atingir os resultados constitucionalmente previstos. Por fim, no terceiro capítulo, com base na efetividade dos direitos fundamentais, analisou-se a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas diante da omissão do Estado, contrapondo as noções de reserva do possível com as de mínimo existencial.

Ademais, restou demonstrado que a possibilidade de controle judicial das políticas públicas – apesar de merecer um olhar cauteloso e casuístico – é hoje uma realidade constatada tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência pátria, notadamente no Supremo Tribunal Federal.

Em decorrência destas reflexões, deste trabalho extraem-se as seguintes premissas: i) o processo de definição e implementação das políticas públicas é formado por uma série de atos decorrentes do texto constitucional; ii) esses atos estão vinculados a juridicidade administrativa; iii) tratando-se de atos de conteúdo eminentemente político, indica-se a deferência do Poder Judiciário aos poderes eleitos; no entanto, iv) tratando-se de matéria correlata aos direitos fundamentais, cabível o controle judicial, seja com base na vinculação do administrador à Constituição, seja pela necessidade de atingir resultados sob o primado da eficiência, seja para proteger o núcleo intangível do mínimo existencial.



Em comum, esses três paradigmas de controle são frutos da interpretação do texto constitucional, por meio da qual se estreita cada vez mais o mérito administrativo, com vistas a evitar não só arbitrariedade, mas também a ineficiência estatal em cumprir com os seus deveres constitucionalmente estabelecidos.

REFERÊNCIAS

BINEBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC n° 12*. Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADPF&numero=45&origem=AP>>. Acesso em 16 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=347&processo=347>>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AgRG em MS n° 26849*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5914335>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. *AGR em RE n° 1165054*. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281165054%2E%2E+OU+1165054%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y3wb6dqa>>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro: Celso de Mello. *RE n° 271.286*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2E%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y6pr46t4>>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.101.106*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281101106%2ENUME%2E+OU+1101106%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti.nyurl.com/y58vyqp5>>. Acesso em: 16 set. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *O direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PELISSER, Fernanda. *O controle judicial da discricionariedade administrativa no estado democrático de direito*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/2332/2214>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA GESTAÇÃO-SUBROGADA: LIMITES E CONFLITOS NA CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE CESSÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO

Fernanda de Carli da Silva Tomé

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada. Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O trabalho em voga visa analisar o instituto da gestação sub-rogada, também denominada de cessão temporária de útero ou comumente conhecida como barriga de aluguel, sob o prisma de três principais pontos de discussão, sendo eles: a ausência de uma regulamentação legal no ordenamento brasileiro que permita haver segurança jurídica sobre o tema; diante da parca regulamentação, a possibilidade ou não de se admitir um contrato de cessão temporária de útero, tendo em vista parte da doutrina entender que o seu objeto seria inconstitucional; e, por fim, as consequências advindas de sua realização, buscando-se determinar qual das partes envolvidas possui direitos sobre o feto. Para tanto, se analisam experiências estrangeiras e a dicotomia legislativa no Brasil, na busca por se concluir que a aceitação de um contrato regulamentando o instituto viabilizaria segurança e proteção a todos os envolvidos, assim como manteria o Direito no mesmo passo da medicina. No mais, que os problemas práticos advindos do negócio jurídico realizado poderiam ser resolvidos casuisticamente na dinâmica contratual ou na lei.

Palavras-Chave – Direito de Família. Maternidade. Gestação-Subrogada. Cessão temporária de útero. Contrato.

Sumário – Introdução. 1. Regulamentação da gestação-subrogada no Direito Brasileiro e a Resolução CFM N° 2168 de 21/09/2017. 2. Limites constitucionais para a realização de contratos envolvendo cessão temporária de útero. 3. Conflito de maternidade no uso de material genético de terceiros. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo a ser desenvolvido, pautado na pesquisa aprofundada da jurisprudência e, sobretudo, na doutrina brasileira, objetiva entender o instituto da cessão temporária de útero, a sua conformidade com o ordenamento jurídico e as possibilidades de solução de conflitos oriundos de uma prática pouco difundida no Brasil.

Os mecanismos de reprodução medicamente assistida são voltados a possibilitar que indivíduos com problemas biológicos para gerar filhos, ou que não o queiram fazer da maneira tradicional, consigam auferir resultados por intermédio da utilização de intervenções médicas ou de material genético de terceiros.

Dentre os métodos mais difundidos pela medicina mundial se encontra a cessão temporária de útero, comumente denominada de “barriga de aluguel. Em termos simplificados, consiste uso de interposta pessoa para carregar a gestação. No Brasil, tal modalidade somente é admitida na forma gratuita e com alto grau de parentesco. Entretanto, essa disciplina está ausente em instrumentos legislativos próprios, o que, em regra, inviabiliza a disposição contratual sobre a matéria e esvazia a possibilidade de autonomia privada das partes, dificultando, assim, a própria difusão dessa forma de reprodução assistida.

A cessão temporária de útero é amplamente propagada em diversos países ao redor do mundo. No território nacional, todavia, não existe uma forte regulamentação jurídica acerca do instituto, que permanece sendo regido, tão somente, por Resoluções do Conselho Federal de Medicina, em especial pela Resolução CFM Nº 2168/2017.

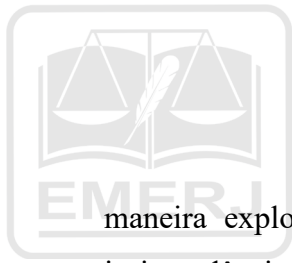
Neste contexto, o primeiro capítulo desta pesquisa visa analisar o vácuo legislativo deixado pela ausência de leis específicas. Busca-se perceber como um texto sem força legal figura-se incapaz de resolver juridicamente os conflitos advindos de um mecanismo de reprodução ainda incipiente no Brasil, deixando um ambiente de insegurança jurídica para as partes que não encontram uma fonte confiável de solução de conflagrações.

Por sua vez, o segundo capítulo da pesquisa se desdobra sobre a mais forte controvérsia do tema: a legalidade e os limites civis-constitucionais na confecção de um contrato dispendo acerca do corpo e da vida. A Constituição Federal de 1988 veda, em razão da dignidade da pessoa humana, a disposição do próprio corpo, corroborado pelo art. 13 do Código Civil Brasileiro. Assim sendo, articula-se a exequibilidade negocial da cessão temporária de útero, tendo como conteúdo o corpo da gestante e a posterior vida extrauterina, objetos, em regra, vedados pelo Direito em matéria contratual.

Transpassada essa temática, o terceiro capítulo da pesquisa perquire as soluções que podem ser empregadas nas disputas jurídicas entre as partes envolvidas na utilização de material genético de terceiros ou da gestante que cede o útero para utilização pelas partes contratantes, o que, por muitas vezes, acende discussões no que tange aos direitos sobre o nascituro.

Deste modo, o método a ser empregado para o desenvolvimento do trabalho será o método hipotético-dedutivo, em que se busca reunir argumentações hipotéticas, viabilizadoras de uma análise jurídica pormenorizada, em busca de se comprovar ou rejeitar tais hipóteses com base em uma exploração argumentativa.

Nesse aspecto, a abordagem a ser adotada será a qualitativa, uma vez que embasada na bibliografia disciplinada concernente ao tópico do trabalho, de forma a ser analisada de



maneira exploratória para conclusão da pesquisa, nos âmbitos da legislação, doutrina e jurisprudência, permitindo sustentar a tese defendida.

1. REGULAMENTAÇÃO DA GESTAÇÃO-SUBROGADA NO DIREITO BRASILEIRO E A RESOLUÇÃO CFM Nº 2168 DE 21/09/2017

O ordenamento jurídico brasileiro tem sua estrutura legal hierárquica pautada na pirâmide de Kelsen, em que, no topo, apresenta-se a Constituição Federal, fundamento de validade para todas as demais normas vigentes. Por sua vez, abaixo, encontram-se os Tratados e Convenções Internacionais e, posteriormente, as leis propriamente ditas.

Por sua vez, os atos regulamentares, como Portarias e Resoluções, figuram abaixo da lei formal, de modo que encontram sua validade, primeiramente, nos ditames legais e, em última análise, no próprio texto constitucional.

Diante desse cenário, para que se possa afirmar que uma determinada matéria encontra tratamento que confira, de fato, segurança jurídica, se afigura necessário, ao menos, a existência de uma lei em sentido formal sobre a temática, para que, eventuais conflitos advindos da sua aplicação prática, possam ser dirimidos pela aplicação desta, seja de maneira textual, seja no uso de critérios hermenêuticos de interpretação.

Contudo, a cessão temporária de útero, tema desta pesquisa, carece desse tratamento legislativo mínimo que possa lhe conferir segurança jurídica e possibilitar que os conflitos advindos dessa prática de reprodução assistida sejam solucionados em conformidade com o sistema legal. A ausência de legislação básica prejudica a incorporação do instituto em consonância com a dificuldade de implementação de outros métodos de reprodução medicamente assistida, conforme dispõem Medeiros e Verdi¹:

[...] a não existência de regulamentação das práticas a respeito de RHA permite que arbitrariedades pautadas em valores morais interfiram no processo de determinação do direito de acesso a essas técnicas, o que demanda que pessoas capacitadas a discutir o assunto se insiram na confecção de proposições legislativas.

Nesse contexto, a preocupação existente no ordenamento jurídico brasileiro com o uso de métodos conceptivos alternativos se limitou ao disposto na Lei nº 9.263/1996, no bojo de

¹ MEDEIROS, Luciana Soares de Medeiros; VERDI, Marta Inez Machado. Direito de acesso ao serviço de reprodução humana assistida: discussões bioéticas. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 15, supl. 2, out., 2010. p. 3132.

seu artigo 9º, dispondo que “para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos”².

Ao passo, o Código Civil brasileiro trouxe, em seu artigo 1.597³, tão somente, disposições de presunção de paternidade, não abordando, em nenhum dispositivo legal, as questões atinentes ao uso de meios de reprodução não tradicionais e, em possíveis surgimentos de conflito, as soluções jurídicas passíveis de presunção de maternidade.

Embora esse tratamento tenha origem na concepção de que a mulher geraria o filho – *mater semper certa est* –, não havendo discussões relevantes quanto à presunção genética de maternidade na reprodução tradicional, fato é que os mecanismos de reprodução assistida vêm se difundindo com o avanço da medicina, modificando presunções consolidadas.

No Brasil, os únicos instrumentos que regulam a cessão temporária de útero, comumente conhecida como "barriga de aluguel", são as Resoluções do Conselho Federal de Medicina que, por mais precisas que possam ser na esforçada tentativa de suprimir eventuais lacunas, são incapazes de fundamentar legalmente as pretensões das partes envolvidas.

Cumpre esclarecer que o Conselho Federal de Medicina é um órgão de atribuições constitucionais na regulamentação e na busca de melhores soluções no âmbito da saúde, exercendo, assim, as funções normatizadora e fiscalizatória, mas, contudo, a despeito do seu engrandecimento com o passar dos anos, ainda se mantém circunscrito a assuntos médicos, vinculando, assim, a categoria profissional a qual se destina.

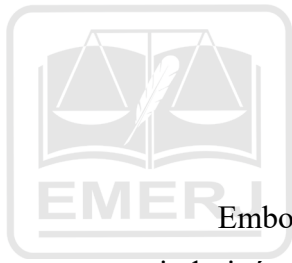
Em outras palavras, a cessão temporária de útero não é legalmente definida ou tratada no ordenamento jurídico pátrio e, toda sua regulamentação volta-se, em especial, à classe médica. Com isso, apresenta-se um vácuo legislativo perigoso que pode comprometer a difusão de uma prática de reprodução que possibilita mulheres com dificuldades de reprodução pelos métodos tradicionais consigam ter filhos.

Nesse aspecto, o texto que melhor trata dessa matéria é a Resolução CFM nº 2168/2017⁴ que dispõe, em linhas gerais, as condições mínimas para que a cessão temporária de útero possa ser praticada, estabelecendo critérios, tais como: admissibilidade diante de problemas de saúde reprodutiva, não permissão de remuneração e gestação realizada por pessoas com parentesco de até 4º grau com quem requeira a cessão do útero.

² BRASIL. *Lei nº 9.263* de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

³ BRASIL. *Código Civil*. Saraiva. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 266.

⁴ BRASIL. *Resolução CFM nº 2168/2017*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 07 abr. 2019.



Embora sejam diretrizes gerais, a Resolução CFM nº 2168/2017⁵ não tem força de lei, surgindo inúmeras discussões acerca da sua aplicabilidade e vinculação à população de uma maneira geral. Soerguem, assim, discussões sobre a presunção de maternidade que não podem ser efetivamente respondidas tendo como base, tão somente, regramentos infralegais. Nesse sentido, Silvo de Salvo Venosa⁶ resumiu a problemática:

Essa matéria traz a baila à discussão sobre a declaração de maternidade ao lado da paternidade que a legislação também não contempla, colocando mais uma vez na berlinda o princípio *mater est*. Imposta saber, em cada caso, se houve o consentimento da mulher que cedeu o útero e se reconheceu a maternidade alheia.

Nesse sentido, o doutrinador introduz uma das maiores discussões oriundas da ausência de tratamento formal por lei: até que ponto uma resolução soluciona os conflitos existentes entre as partes envolvidas na cessão temporária de útero, permitindo, assim, que se discuta qual seria a efetiva presunção de maternidade, uma vez que, por não adentrar no tema, não se pode definir se seria possível as partes formularem um contrato, em seus ditames formais, para reger a matéria.

O que se tenta demonstrar neste momento, portanto, não é a forma como a matéria deva ser efetivamente tratada, mas como a ausência de qualquer regramento só traz prejuízos às partes envolvidas. Em conformidade, entende Perlingieri⁷ que "mesmo se não fosse conforme ao ordenamento, as consequências deveriam ser previstas de todo o jeito, de maneira a não prejudicar o nascido".

Portanto, o que se propõe para o legislador brasileiro é que seja conduzido o devido processo legislativo para a edição de uma norma completa e eficaz, não somente para a cessão temporária de útero, bem como para os demais métodos de reprodução medicamente assistidos, evitando, assim, não somente um retrocesso legislativo, mas social.

Nesse flanco, a também denominada gestação subrogada é um sopro de esperança para muitas pessoas que se veem limitadas na construção de uma família, seja com qual estrutura for, na medida que confere a possibilidade de ter filhos biológicos a pessoas que não o poderiam fazer sem a ajuda da medicina.

No entanto, o raso tratamento legal permite que inúmeras discussões floresçam: quais os limites da cessão temporária de útero, quem poderia efetivamente participar, quais materiais

⁵ Ibidem.

⁶ VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. 5. ed. V.6. São Paulo: Atlas, 2006, p. 273-274.

⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 1997, p. 67.

genéticos podem ser utilizados, como será feito o ajuste entre as partes, dentre outras tantas questões que somente um tratamento jurídico formal seria capaz de dirimir, ou de, ao menos, iniciar essa caminhada.

2. LIMITES CONSTITUCIONAIS PARA A REALIZAÇÃO DE CONTRATOS ENVOLVENDO CESSÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO

Em virtude da parca regulamentação exposta, a doutrina brasileira ascendeu à discussão acerca da viabilidade constitucional na realização de um contrato de cessão temporária de útero.

Nesse diapasão, a Constituição Federal assegura, no art. 226, §7^o, o livre planejamento familiar, a dizer, os indivíduos têm o direito de optar pela formação de uma família, a quantidade da prole, a sua forma de constituição, dentre outros aspectos envolvendo a formação de laços familiares. Esses direitos decorrem, diretamente, da proteção fundamental conferida pela Carta Maior, assegurando direitos como vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade e, sobretudo, dignidade da pessoa humana⁹.

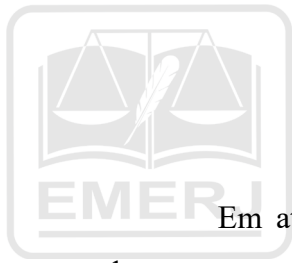
Essa proteção faz surgir um questionamento quando se trata da cessão temporária de útero: por um lado, há o direito de um indivíduo à livre escolha de como projetar sua criação familiar, seja optando por gerir e parir uma criança, seja escolhendo que uma interposta pessoa o faça em seu proveito. De outro, a proteção ao corpo e à dignidade da mulher que carregará a gestação e as garantias mínimas que lhe precisam ser asseguradas.

O Código Civil¹⁰ estabelece os requisitos de validade dos contratos em seu art. 104. Para tanto, elenca, além de agente capaz e forma prescrita ou não defesa em lei, a necessidade de um objeto lícito, possível, determinado ou determinável. É justamente neste último requisito que reside a discussão acerca da viabilidade de um contrato de cessão temporária de útero: haveria licitude no objeto, vez que dispõe sobre tanto sobre o corpo de uma mulher e quanto sobre a vida de um feto?

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 03 ago. 2019.

⁹ A Constituição da República Federativa do Brasil assegura um rol extenso de direitos fundamentais em seu art. 5^o, tutelando, com primazia, dentre outros, o direito à liberdade dos indivíduos o que, aqui, pode-se entender como liberdade de contratar e de dispor, ainda que limitadamente, do corpo, em seu melhor interesse. É reputado como corolário constitucional, ainda, a dignidade da pessoa humana, previsto em seu art. 2^o, podendo ser invocada no contrato de cessão temporária de útero pelo indivíduo que deseja constituir família, como lhe sendo um direito inerente a própria consecução de sua dignidade e de suas liberdades fundamentais. *Ibidem*.

¹⁰ BRASIL. *op. cit.*, nota 3.



Em atenção a esse questionamento, alguns autores, como Marina Pérez Monge¹¹, descrevem o contrato de cessão temporária de útero como sendo:

[...] contrato oneroso ou gratuito, pelo qual uma mulher fornece unicamente a gestação, ou também seu óvulo, comprometendo-se a entregar o nascido aos contratantes (uma pessoa ou casal, casado ou não), que poderão aportar ou não seus gametas; nesse último caso, os gametas procederiam do doador (masculino e/ou feminino).

Com base neste conceito, a doutrina cinge-se entre aqueles que admitem a feição do contrato com base na liberdade das partes e no caráter temporário da cessão, não havendo ofensa à integridade física; os que, intermediariamente, admitem a contratação, desde que rejeitada a sua onerosidade e, por fim, aos que rechaçam por completo essa modalidade contratual, calcados na proibição constitucional de disposição do corpo.

Embora o ordenamento constitucional reconheça a necessidade de manutenção da liberdade contratual do indivíduo, nem todos os doutrinadores atribuem viabilidade ao contrato de cessão temporária de útero, conforme reputado. Em um primeiro plano, Maria Helena Diniz entende ser um contrato nulo, na medida em que tornaria a mulher mero organismo reprodutor, reduzindo-a à condição de objeto, além de representar verdadeira ofensa ao feto¹²:

Constitui ofensa à dignidade da mulher, por levar ao ‘meretrício do útero’, por degradar a mulher a mero organismo reprodutor e mercenário e por haver instrumentalização da mulher como organismo sexual, por ofender a dignidade e a integridade psíquica do nascido.

Sua posição é compartilhada, ainda, por autores como Maria Celeste Santos¹³ que somente vislumbram validade neste contrato se não houver disposição onerosa de seu objeto, de modo a representar verdadeira comercialização do corpo e do feto:

Não existe contrato na cessão de útero, pois se houvesse este seria nulo de pleno direito, já que não se pode comercializar pessoas com vistas ao recebimento de pecúnia. Na verdade, o que pode haver é um pacto de confiança que é depositado entre as partes, de que uma gestará e que ao final entregará a outra pessoa o fruto dessa gestação sem receber nada em troca, por puro altruísmo.

¹¹ PÉREZ MONGE, Marina. *La filiação derivada de técnicas de reprodução asistida*. Madrid: Fundación Beneficencia et peritia iuris. Colégio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002, p. 329.

¹² DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 505.

¹³ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite, et al. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 127.

A despeito dos fortes posicionamentos mencionados, em uma análise pormenorizada, vislumbra-se ser mais aconselhável a adoção da corrente doutrinária supracitada¹⁴ que pugna pela plena viabilidade desta modalidade contratual, diante da possibilidade de se dispor licitamente do corpo, desde que respeitando a dignidade da pessoa humana e ao direito à integridade.

Segundo esse entendimento, especificamente quanto à disposição do corpo pela futura gestante, entende-se que o contrato se inseriria na esfera de liberdade e autonomia privada do indivíduo. Embora para alguns doutrinadores possa parecer pouco sustentável a ideia de se contratualizar a gestação¹⁵, fato é que garantia do direito fundamental à liberdade comporta a tomada de decisões sobre o que fazer e os limites que se possa impor ao corpo.

Embora a liberdade de contratar seja limitada pelo art. 421 do Código Civil¹⁶, esta não pode ser suprimida, sob pena de violação da própria dignidade humana, conforme elenca Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷, ao dispor que "sem liberdade (negativa e positiva) não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada".

Nesta seara, o art. 13 do Código Civil¹⁸ limita a disposição do próprio corpo, mas elenca, como limitadores, a diminuição permanente de integridade física e os bons costumes. No entanto, um contrato de cessão temporária de útero não se correlaciona com nenhum destes elementos.

A gestação não implica em diminuição da integridade física, vez que se opera de forma temporária e transitória. De igual modo, não se pode invocar bons costumes quando o que se tem como base deste contrato é justamente o direito fundamental dos indivíduos a constituírem uma família.

Menciona-se, ainda, que, a despeito de corrente doutrinária citada¹⁹ que sustenta a inviabilidade deste contrato, autores como Sara Pótron²⁰ afirmam não somente a sua validade,

¹⁴ LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 257.

¹⁵ Conforme sustentou Maria Helena Diniz em sua obra *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 505.

¹⁶ BRASIL. op. cit., nota 3.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 102.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁹ DINIZ, op. cit., p. 505.

²⁰ PÓTRON, Sara. *Contrato oneroso de cessão temporária uterina, por quê não?* Disponível em: <<https://sarapotron.jusbrasil.com.br/artigos/563149231/contrato-oneroso-de-cessao-temporaria-uterina-por-quena-o>>. Acesso em: 05 ago. 2019.



mas reputam, inclusive, mais segura a sua confecção no aspecto oneroso, ainda que, atualmente, com base na Resolução CFM N° 2168/2017, esta modalidade seja proibida²¹ no Brasil.

Ainda para os doutrinadores que reputam o contrato válido, como Aline Mignon²², a cessão do útero em nada se assemelha à vedação de comercialização de órgãos no ordenamento jurídico, vez que a mulher, tão somente, disporia transitoriamente do seu útero para gestação de um feto e que, ao fim, em nada comprometeria, em regra, a sua integridade física. De forma ainda mais ampla, permitir-se-ia a remuneração como escolha dos indivíduos.

[...] não podemos comparar a utilização de uma parte do corpo com a doação de um órgão do corpo humano; a simples utilização do útero da mulher saudável não causa problemas, mas a doação de um rim de pessoa viva pode causar problemas no futuro, porque o rim que não foi retirado ficará sobrecarregado, e além do mais, retira-se um órgão de pessoa viva ou morta para salvar uma vida ou amenizar, acabar com o sofrimento de alguém. Já o aluguel do útero é para satisfazer o desejo de um casal, não é um motivo vital, relevante para a saúde de alguém, um casal pode muito bem não ter filhos como também para satisfazer este desejo pagar por isso, ou adotar.

Derradeiramente, importa entender que, independentemente da posição que se adote, não se pode permitir que a direito estagne enquanto a medicina e a sociedade avançam. Negar a proliferação dos métodos de reprodução assistida seria leviano. E, em decorrência disto, não permitir a regulamentação, por meio contratual, de uma situação que se torna cada vez mais presente na sociedade prejudicaria, em última análise, o próprio feto.

Em outras palavras, a discussão acerca da viabilidade do objeto torna-se insuperável na teoria e pouco relevante na prática, pois sempre se ponderará direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade em dispor do corpo reunida ao livre planejamento familiar e ao direito de constituir família em contraposição à licitude do corpo como objeto contratual e a mercantilização da vida.

Nessa seara, Pietro Pellegrini entende que se furtar ao reconhecimento do contrato de cessão temporária de útero traz, tão somente, desvantagens ao nascituro que, em última análise, sequer dispõe de sua vontade de participar desse arranjo. Nas palavras do autor: "Mesmo se não fosse conforme ao ordenamento, as consequências deveriam ser previstas de todo o jeito, de maneira a não prejudicar o nascido".²³

²¹ Necessário destacar que, conforme elencado no Capítulo I deste trabalho, a Resolução CFM N° 2168/2017 não possui natureza de lei em sentido estrito, de modo que, embora seja a única regulamentação existente no ordenamento brasileiro, sua aplicabilidade e coercibilidade ficam limitadas no aspecto prático. BRASIL, op. cit., nota 4.

²² ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 105.

²³ PIERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed., São Paulo: Renovar, 1997, p. 177.

Ou seja, ainda que a doutrina pudesse reputar inválido este contrato, a primazia do melhor interesse da criança, assegurado pela legislação pátria²⁴, deve ser respeitada, de modo que, superando-se a discussão teórica acerca da licitude do objeto, o que se tem na prática é a necessidade de se assegurar direitos e evitar consequências desastrosas para a vida futura do feto.

Poder-se-ia sustentar sua viabilidade contratual em todos os aspectos legais: agente, forma e objeto. Ao agente, por envolver a manifestação livre de pessoas capazes; à forma, preferencialmente, escrita, delimitando claramente os direitos e, por fim, ao objeto que, embora seja controvertido, não é, em sua essência, ilícito, vez que tutela a reprodução familiar dentro de uma esfera viável de disposição do corpo.

Resta mencionar que tramita no país, desde 2012, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 4.892/2012 o qual, em seu Capítulo V, trata da cessão temporária de útero, com disposições semelhantes à Resolução CFM nº 2168/2017. Em seu art. 24, entretanto, dispõe que essa seria formalizada “por pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente antes do início dos procedimentos médicos de implantação”²⁵.

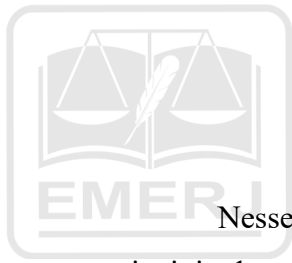
Ainda que proponha um avanço em termos de regulamentação do instituto, fato é que o Projeto permanece para votação desde 2012 quando foi apresentada à Câmara dos Deputados. De igual modo, sua redação é ampla, não existindo, na verdade, uma definição do que seria este pacto a ser homologado judicialmente e em que medidas ele se assemelharia a um contrato. O que se conserva, durante este lapso temporal, é a incerteza jurídica já mencionada.

3. CONFLITO DE MATERNIDADE NO USO DE MATERIAL GENÉTICO DE TERCEIROS

Conforme explorado, o Brasil sempre adotou o princípio do *mater semper certa est*, o que não mais atende a um contexto social em que se permite a utilização de meios alternativos de reprodução assistida, como ocorre com a gestação subrogada, ou cessão temporária de útero, na qual, em regra, uma mulher – *geratriz* – se utiliza de seu material genético e faz uso de uma terceira pessoa – *gestratiz* – para gerar o feto em seu útero.

²⁴ Nesse aspecto, o Estatuto da Criança e do adolescente consagra o superior interesse da criança como um dos corolários do diploma legal em seu art. 4º. O art. 5º veda toda e qualquer negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. De igual modo, o art. 100, II protege integralmente a criança e o adolescente. Nesse âmbito, seria inviável reputar inválido um contrato que pudesse assegurar os direitos do feto simplesmente por não se considerar válida a sua formação quanto à licitude do objeto. O que se busca é assegurar o direito do recém-nascido e, para tanto, possuir uma regulamentação de vontade das partes seria indispensável. BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 27 out. 2019.

²⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 4892/2012*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>>. Acesso em: 28 ago. 2019.



Nesse sentido, os autores Débora Gozzo e Wilson Ricardo Ligiera²⁶ relativizam o princípio do *mater semper certa est*:

Com efeito, a possibilidade atual de utilização de útero alheio acaba por destruir a regra de que *mater semper certa est*, pois a maternidade já não será definitivamente estabelecida pela gravidez e pela parição. Coloca-se em dúvida, outrossim, quem é a verdadeira mãe: a parturiente, que deu à luz a criança, ou aquela que, sem ter tido a possibilidade de conduzir uma gestação, é quem verdadeiramente desejou o filho e planejou seu nascimento e sua criação.

Caso seja esta, de fato, a dinâmica adotada, em que a solicitante da gestação é a doadora do material genético, não se sustentam muitas dúvidas em entender que os direitos sobre o feto seriam, pura e simplesmente, daquela que deseja a gravidez e contata uma terceira mulher para carregar a gestação. Esta, por sua vez, não teria qualquer relação biológica com a criança, de modo que, no registro, constaria o nome da solicitante.

É nesse sentido que se firmou a Corregedoria Nacional de Justiça²⁷, quando, em 2016, editou a Provimento 52, restando previsto, em seu art. 2º, §2º que "Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo -DNV ". Deste modo, entendeu-se, à época, que a maternidade se presume à doadora do material genético que quer gerar a criança, não efetivamente a quem tenha conduzido a gravidez.

Igualmente, foi proposta uma alteração ao Código de Direito Civil na 1ª Jornada de Direito Civil, visando, justamente, incluir um novo artigo no diploma capaz de, efetivamente, prever quem seria a mãe, para fins registrares e de direito, em casos de gestações subrogadas. O Enunciado 129 da 1ª Jornada de Direito Civil buscava a inserção do art. 1597-A, Código Civil²⁸, relativizando o seu antecessor, e prevendo:

Art. 1.597-A. A maternidade será presumida pela gestação.

Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga.

²⁶ GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Maternidade de substituição e a lacuna legal*: questionamentos. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Gozzo-e-Ligiera-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

²⁷ BRASIL. Corregedoria Nacional de Justiça. *Provimento N° 52 de 14 de março de 2016*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_52_14032016_19032018105533.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

²⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *1ª Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios1/publicacoes-1/jornadascej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2019

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça²⁹ julgou um caso em que, diferentemente do exposto acima, o material genético materno não pertencia à solicitante da gestação e sim à parturiente. No precedente analisado, o casal homoafetivo se utilizou do material genético de um dos solicitantes unido ao material da pessoa que carregaria a gestação. Nesse sentido, entendeu o Egrégio Tribunal que, apesar de ser mãe biológica, a parturiente não teria seu nome constando do registro de nascimento, diante da ausência de um vínculo afetivo com o feto e, sobretudo, por ter aberto mão previamente dos seus direitos à filiação.

Ocorre que, no caso citado, não havia um conflito jurídico entre as partes envolvidas acerca dos direitos sobre o feto, mas tão somente discussão acerca da possibilidade de inclusão de uma dupla paternidade no registro de nascimento³⁰.

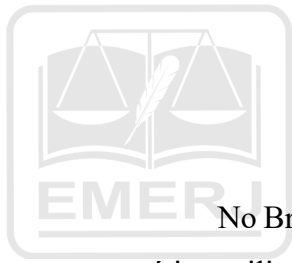
No entanto, quando se analisa experiências estrangeiras em que já se discutiu a ocorrência de cessões temporárias de útero, tendo se chegado à discussão judicial acerca dos direitos sobre o feto, a questão não é tão bem delineada; sobretudo, quando se identifica que o material genético não foi conferido pela mulher que requer a gestação, mas sim por aquela que, efetivamente, cedeu o útero.

Imagine-se, no caso, a situação em que uma mulher, impossibilitada biologicamente de ter filhos, contata terceira para que esta, utilizando-se de material genético próprio, gestacione um feto e, ao final, entregue-o para a solicitante. Utilizando-se da mesma lógica apresentada, em regra, a maternidade seria daquela que quis gerar a criança e não da que, efetivamente, a gerou.

Nesses casos, no entanto, existe uma peculiaridade: há vínculo biológico entre a mulher que gerou a criança e a o feto. Não se pode, simplesmente, afirmar que a criança terá como mãe, em seus registros, aquela que requereu a gravidez, pois pode ocorrer, e frequentemente irá, de quem gerou criar laços com a criança, oriundos do próprio vínculo biológico. Em caso de recusa na entrega do feto, portanto, surge a dúvida: como lidar com esses casos em que o material genético não é da contratante, mas de terceiros ou da parturiente, e a gestante cria laços afetivos com o nascituro?

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n° 1608005/SC*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/711899837/recurso-especial-resp-1608005-sc-2016-0160766-4>>. Acesso em: 06 set. 2019.

³⁰ Entendeu-se, no caso, que, tendo tudo sido feito nos ditames da Resolução CFM N° 2168/2017, considerando, inclusive, que a gestante seria irmã de um dos contratantes, de modo que não haveria problema em dispor contratualmente acerca da gestação. No caso, portanto, o Superior Tribunal de Justiça definiu, nos autos do *Resp n° 1608005/SC*, que a gestante havia aberto mão do seu estado de filiação, sendo aceita a inclusão da dupla paternidade, sem a menção desta no registro de nascimento do feto. *Ibidem*.



No Brasil, o caso mais conhecido ocorreu com o bebê M.L.C.³¹ Na situação, o material genético utilizado foi inteiramente do casal contratante. A mãe de substituição, e cunhada do casal, abriu mão dos direitos sobre a criança. Quando do seu nascimento, contudo, o casal contratante tentou registra-la perante Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais e Tabelião de Notas do Distrito de Barão Geraldo, na Comarca de Campinas, não obtendo sucesso, uma vez que já constava no registro de nascimento o nome da mulher que geriu a criança e a ela deu a luz, ainda que não tivesse vínculo biológico.

Nos autos do processo Processo nº 2009/001043232010³², referente ao caso, o juiz determinou que fosse cancelado o registro, ordenando a lavratura em nome dos pais biológicos cedentes do material genético. Houve recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo que pugnava pela insegurança jurídica e inviabilidade do contrato firmado entre as partes.

No entanto, a decisão final, no caso, concentrou-se em analisar quem seriam os pais biológicos, firmando: "Assento de nascimento já lavrado, por determinação do MM. Juiz Corregedor Permanente, com consignação da paternidade reconhecida em favor dos genitores biológicos"³³.

A despeito desse precedente, a jurisprudência brasileira é extremamente escassa sobre o tema, de modo que, para se buscar uma tentativa de responder ao questionamento que surge quando do uso de material genético de quem carrega a gestação, necessária a análise de soluções judiciais em outros países que levaram casos de gestações subrogadas e discussões acerca da entrega do feto ao Poder Judiciário.

Conforme citado, o recente julgado no âmbito do Resp 1608005/SC pelo Superior Tribunal de Justiça³⁴ não responde efetivamente à questão suscitada. Assim, cumpre-se analisar o caso midiático famoso que deu origem às discussões internacionais acerca dos direitos das mulheres envolvidas na cessão temporária de útero – o caso Baby M³⁵.

Em linhas gerais, um casal contratou uma mulher, denominada M.B.H, para carregar a gestação de seu filho. O material genético utilizado foi do homem contratante (denominado W.S.) e da mulher que carregou a gestação, uma vez que a contratante não podia ceder material genético³⁶.

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 2009/00104323*. Disponível em: <<http://www.tjstj.jus.br/cco/obterArquivo.do?cdParecer=1672>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 29.

³⁵ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de New Jersey. *Matter of Baby M*. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html>. Acesso em: 30 set. 2019.

³⁶ Ibidem.

Finda a gestação, M.B.H se recusou a entregar o bebê. No emblemático caso, a Suprema Corte norte-americana reconheceu que a maternidade era da mulher que carregou a gestação, em virtude de ser ela quem mantinha vínculo biológico com o feto. Por outro lado, concedeu a guarda da criança ao casal contratante³⁷.

Neste exemplo, o juiz do caso em primeira instância, Harvey R. Sorkow, definiu que o homem contratante, W.S., cedeu seu material, de modo que a criança era sua filha. No mais, que havia sido realizado contrato entre as partes previamente, no qual M.B.H. abria mão de todos os seus direitos sobre a criança. Este contrato seria válido, uma vez que W.S. não podia adquirir algo que já era seu, considerando legal a estipulação de um preço pelo “serviço prestado.”³⁸

O caso foi levado à Suprema Corte norte-americana que anulou o contrato realizado, entendendo, inclusive, que o pagamento do contrato estava condicionado às partes abrirem mão dos direitos sobre a criança. Reconheceu-se, assim, que os pais eram os doares de material genético, quis sejam, quem carregou a gestação (M.B.H.) e quem doou o sêmen (W.S.)³⁹.

A criança, contudo, foi entregue para adoção ao casal contratante, por entender que este tinha melhores condições de criar e conferir ao feto uma boa condição de vida. Assim sendo, o plano de fundo da decisão se concentrou na aplicação do princípio do melhor interesse da criança⁴⁰.

Portanto, pode-se concluir que, quando o material usado pertence às partes contratantes, assim como previa a tentativa de inclusão do art. 1597-A ao Código Civil⁴¹, a maternidade e paternidade serão atribuídas aos pais biológicos.

Por outro lado, quando o material usado pertence a quem cede o útero, surge a possibilidade de se reconhecer que esta será a mãe, tanto por ter carregado a criança e a ela dado à luz – militando, a seu favor, novamente, a existência, na nossa legislação, do *mater semper certa est* – como por ser mãe biológica da criança; ou, ainda, no caso concreto, se entender por conceder a guarda da criança e registra-la em nome dos contratantes, caso este seja o seu melhor interesse. Nesse sentido, se pronuncia Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁴²:

³⁷Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 28.

⁴² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Biodireito e as Relações Parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 862-863.

[...] logicamente que a criança não poderá ser considerada espúria e, conseqüentemente, deve ter resguardados os seus direitos e interesses entre eles o de integrar uma família onde terá condições de ser amparada, sustentada, educada e amada, para permitir seu desenvolvimento pleno e integral em todos os sentidos, cumprindo-se, desse modo, os princípios e regras constitucionais a respeito do tema.

Deste modo, o parâmetro para solucionar casos concretos envolvendo conflito de materiais genéticos, diante da parca regulamentação legal sobre o tema, será a análise de quem poderá dar melhores condições de vida para o feto. Ou seja, não há, ainda, como se afirmar, com precisão, como serão solucionados todos os conflitos oriundos de um instituto que ainda não encontra repouso legal no ordenamento jurídico brasileiro, mas se prioriza, em última análise, o melhor desenvolvimento da criança.

CONCLUSÃO

Primeiramente, o cerne do trabalho se pauta na necessidade primordial de inserção no ordenamento jurídico de uma lei, ou, ao menos, de artigos a serem acrescentados ao Código Civil capazes de discorrer, de forma específica, acerca da cessão temporária de útero. Por mais completa que a Resolução CFM N° 2168/2017 tenha a pretensão de ser, fato é que seu âmbito de aplicação ainda se restringe, em regra, ao corpo médico.

Além do mais, a mencionada resolução é ato regulamentar, cuja validade fica sempre adstrita ao que dispõe a lei formal ou a Constituição. Logo, possui baixa segurança jurídica na resolução dos conflitos a serem dirimidos.

Em decorrência do aspecto legislativo, a grande discussão se insere na contratualização da cessão temporária de útero que, como exposto, tem sua constitucionalidade disputada dos dois lados pela doutrina: autores como Sara Próton e Alice mignon defendem que não representa uma verdadeira disposição do corpo e, assim, contratualizar seria uma forma de trazer maior segurança às partes envolvidas; por outro lado, Maria Helena Diniz entende pela ilicitude do objeto, na medida em que envolve o corpo da gestante e a vida extrauterina, tornando eventual contratualização nula.

Por fim, ainda em decorrência da ausência de disposição legal, surge a controvérsia acerca de como se delimitar os direitos da pessoa que gera a criança se, no caso concreto, o material genético pertencer a ela, criando-se, assim, um vínculo biológico não pensado na modalidade mais tradicional da cessão temporária de útero, em que a mulher que quer a gestação e contata alguém para geri-la, fornece, de igual modo, o material genético.

Diante da parca produção jurisprudencial brasileira no assunto, busca-se uma pesquisa acerca dos casos semelhantes em outros ordenamentos jurídicos, o que se permite concluir, em última análise, ser necessário conduzir a atuação do Judiciário na solução de litígios envolvendo os direitos sobre o nascituro pautando-se, sempre, pelo melhor interesse da criança.

Deste modo, enquanto não houver uma legislação capaz de prever as consequências jurídicas do instrumento de cessão temporária de útero, o judiciário socorre-se da busca pela introdução da criança em um seio familiar que lhe possa conferir melhor subsistência, pois, ao fim, o que se busca é constituir família. E o feto, que em nada participou da tomada de decisões que levaram a sua gestação, não pode vir a ser, por esta, prejudicado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Mignon. *Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BRASIL. *Código Civil. Vade Mecum* Saraiva. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Conselho da Justiça Federal. 1ª Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

_____. *Corregedoria Nacional de Justiça*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_52_14032016_19032018105533.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 ago. 2019.

_____. *Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acessado em: 06 abr. 2019.

_____. *Resolução CFM nº 2168/2017*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/20wi17/2168>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1608005/SC*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/711899837/recurso-especial-resp-1608005-sc-2016-0160766-4>>. Acesso em: 06 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 2009/00104323*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/cc0/obterArquivo.do?cdParecer=1672>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002.



ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de Nova Jersey: *Matter of Baby M*. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html>. Acesso em: 30 set. 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Biodireito e as Relações Parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos*. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Gozzo-e-Ligiera-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2019

LIMA, Taisa Maria Macena de. *Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*. In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEDEIROS, Luciana Soares de Medeiros; VERDI, Marta Inez Machado. *Direito de acesso ao serviço de reprodução humana assistida: discussões bioéticas*. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 15, supl. 2, out., 2010.

PÉREZ MONGE, Marina. *La filiação derivada de técnicas de reprodução asistida*. Madrid: Fundación Beneficencia et peritia iuris. Colégio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 1997.

PÓTRON, Sara. *Contrato oneroso de cessão temporária uterina, por quê não?* Disponível em: <<https://saraproton.jusbrasil.com.br/artigos/563149231/contrato-oneroso-de-cessao-temporari-a-uterina-por-que-nao>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite et al. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. 5. ed. V.6. São Paulo: Atlas, 2006.

A APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DIANTE A DIVULGAÇÃO DE FATOS PRETÉRITOS NO ÂMBITO CRIMINAL

Fernanda Duarte Oliveira

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

Resumo: Na atual sociedade marcada pela hiperinformação, foi necessário criar mecanismos que protegessem a esfera da privacidade. Neste contexto, surge o direito ao esquecimento que, apesar de não ter guarita legal, pode ser entendido como um corolário dos direitos à privacidade e a dignidade da pessoa humana. Além disso, pode-se perceber que mesmo não estando previsto na legislação brasileira, este direito é influenciado por institutos já consagrados. Surge, assim, conflito com outras garantias fundamentais, como o da liberdade de informação, de expressão e de imprensa. A análise do caso concreto irá determinar a ponderação destes princípios constitucionais.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Direitos Fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Princípio da privacidade. Liberdade de Expressão. Liberdade de Informação.

Sumário: Introdução. 1. Direito ao esquecimento como espécie dos direitos da personalidade. 2. A atual influência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico e jurisprudência brasileira. 3. Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de expressão. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a aplicabilidade do direito ao esquecimento frente a divulgação de fatos pretéritos no âmbito criminal. Procura-se demonstrar que na atual realidade social, na qual a informação se difunde de forma massificada e o que se divulga pereniza, é necessário criar mecanismos que protejam a privacidade e a dignidade da pessoa humana.

Se de um lado está a liberdade de imprensa, de índole constitucional, com a função de informar a população sobre os acontecimentos de relevância social, de outro, também constitucionalmente garantidos, estão os direitos da personalidade.

Mas pergunta-se se, diante do caso concreto, o direito ao esquecimento, que não está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, é realmente um corolário do direito da personalidade de forma a prevalecer sobre o princípio da liberdade de imprensa.



O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a ponderação de princípios constitucionais.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de direito ao esquecimento e demonstrar o quanto a divulgação de fatos e eventos indefinidamente no tempo, com notória intervenção na privacidade, pode causar dano à dignidade das pessoas envolvidas.

Assim, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho questionando a presença do direito ao esquecimento em nosso ordenamento jurídico e se este pode ser considerado um direito fundamental.

Segue-se, no segundo capítulo, analisando a influencia deste direito em institutos já consagrados, principalmente de índole criminal.

Por fim, no terceiro capítulo, a pesquisa pretender discutir a colisão de princípios fundamentais entre a liberdade de expressão e de informação *versus* o direito ao esquecimento, como um corolário do direito a personalidade.

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 comprova-las ou rejeita-las argumentativamente.

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

1.DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO ESPÉCIE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Direito ao Esquecimento é um conceito relativamente novo, que vem ganhando força com os avanços tecnológicos.

O intenso desenvolvimento de meios de comunicação constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas, sendo necessário que o ordenamento jurídico crie mecanismos que assegurem os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988.

José Afonso Da Silva¹ utiliza a expressão direitos fundamentais do homem e os define como “as prerrogativas e instituições que o direito positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. Assim, pode-se entender como aqueles direitos necessários e extensíveis a todos os seres humanos, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Em regra, os direitos fundamentais estão positivados na Constituição Federal, mas é possível a existência de direitos fundamentais implícitos. O próprio artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, em seu parágrafo 2º², dispõe que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Logo, é indubitável que é admitida a existência de direitos que, em razão do seu conteúdo, integram a Constituição, mesmo que não se encontrem expressamente positivados.

A razão deste raciocínio é que os direitos fundamentais são historicamente mutáveis, ou seja, se adaptam com as diferentes condições da sociedade em que estão inseridos, estando sujeitos a transformações do seu rol e conteúdo.

Dessa forma, quando novas circunstâncias de determinada sociedade exigem a proteção de determinados direitos até então não protegidos, que o ordenamento precisa se adaptar para corresponder às necessidades de determinado povo, seja por meio da consideração de direitos até então não existentes ou da adaptação do sentido de direitos já consagrados.

Na atual sociedade do século XXI, diretamente impactada pelos avanços tecnológicos e pelo fenômeno da globalização, é evidente a necessidade de reconhecimento de direitos fundamentais jamais cogitados por sociedades passadas³.

Dentre os direitos fundamentais estabelecidos expressamente na Constituição Federal, está o direito à privacidade (artigo 5º, X)⁴. Pode-se entender a privacidade como “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”.⁵

¹SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 36. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 180

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 out. 2019.

³ MACIEL, Rodrigo Augusto Pinto Maciel. *Direitos Fundamentais e a cláusula de abertura material*. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50596/direitos-fundamentais-e-a-clausula-de-abertura-material> Acesso em: 09 out. 2019.

⁴BRASIL, op. cit., nota 2.

⁵SILVA, op. cit., p. 208.

Além disso, a doutrina sempre lembra que o Juiz americano Cooly, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só: *Righttobealone*. “O rightofprivacy compreende, decidiu a Corte Suprema dos Estados Unidos, o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera de sua vida privada”⁶.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 também prevê em seu artigo 1º, inciso III, que a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República. Nota-se que a dignidade da pessoa humana representa um direito geral da personalidade, a base de todos os demais direitos relacionados à personalidade da pessoa natural, denominados direitos especiais, como honra, liberdade, nome, imagem, vida, privacidade, entre outros⁷.

Neste contexto, diante dos atuais meios de comunicação, principalmente, a internet, com seu alto poder de propagação da informação, foi necessária a formação de um direito específico que protegessem à vida privada de episódios noticiados que não possuem mais nenhuma relevância jornalística, histórica ou interesse social.

Sob a tônica da modernidade e ancorada na informação massificada, se viu imprescindível a estipulação de um direito para salvaguardar informações que, sem nenhuma autorização, uma vez veiculadas, se tornam perenes e afetam a esfera íntima dos noticiados.

Assim, nasce o direito ao esquecimento, podendo ser assimilado como o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos de natureza criminal, que já aconteceram e, com o tempo, deixaram de ser úteis e de interesse público, provocando um dano à pessoa. Logo, é um direito que busca proteger a divulgação de fatos referentes a vida regressa das pessoas, especificamente de natureza criminal que, se conhecidos, reabrem antigas feridas já superadas.

Neste sentido é que se pode compreender que o Direito ao Esquecimento está estritamente associado ao direito fundamental à privacidade e a dignidade da pessoa humana, uma vez que busca tutelar a esfera mais íntima da vida privada, apesar de em nenhum momento ser citado na legislação brasileira.

A tese do direito ao esquecimento ganhou força na doutrina jurídica com o Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STF, cujo teor e justificativa ora se transcrevem⁸:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil

⁶Ibidem.

⁷CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil*, Parte Geral. 3ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 213.

⁸BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 531*. Disponível em: <www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 09 out. 2019.

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribuí a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas asseguro a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Com este Enunciado, fica evidente que a aceitação do Direito ao Esquecimento pela doutrina brasileira como um corolário da dignidade da pessoa humana.

Em suma, os direitos da personalidade derivam da própria dignidade reconhecida à pessoa humana para tutelar os valores mais significativos do indivíduo, seja em face do Poder Público ou dos demais indivíduos, expressando o mínimo necessário e imprescindível para uma vida com dignidade⁹.

Assim, em razão da Constituição Federal e todo o ordenamento jurídico terem buscado proteger as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, o conjunto de informações acerca do indivíduo também deve ser resguardado, cabendo só ao detentor decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições poderia se expor.

Também chamado de “direito de ser deixado em paz” ou o “direito de estar só”, o direito ao esquecimento estipula que só cabe a pessoa detentora da informação permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos¹⁰.

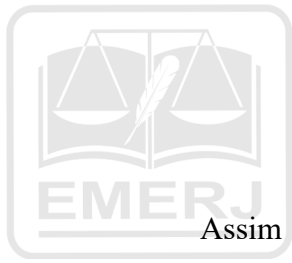
Ressalta-se que por conta da proteção constitucional e legal dos direitos da personalidade, havendo violação a tais direitos, quando há divulgação não autorizada, caracteriza dano, passando a pessoa lesada ter direito a uma compensação financeira por essa violação.¹¹

Portanto, em razão do destaque dado pela Constituição a estes direitos que englobam a esfera íntima e privada das pessoas, é imprescindível notar que o rol do direito à privacidade foi estendido para incluir direito ao esquecimento, totalmente necessário na atual sociedade hiperinformada.

⁹ RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. *Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de expressão: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade de informação*. Disponível em: <www.esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Informa%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em: 23 set. 2019.

¹⁰ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais julgados do STF e STJ comentados*. Manaus: Dizer o Direito, 2014, p. 198.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 2.



Assim sendo, embora não previsto na legislação, o direito ao esquecimento pode ser considerado uma decorrência dos direitos da personalidade e da dignidade humana, possuindo assento constitucional (art. 1º, III, e 5º, X).

2. A ATUAL INFLUÊNCIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURIDICO E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Como já visto anteriormente, o direito ao esquecimento não está previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, é possível ver a sua influencia em alguns institutos já consagrados que visam estabilizar o passado e não interferir no presente.

É o caso da prescrição, conforme artigo 72, do Código Penal¹². Com ela, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, fixando lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada¹³.

Dessa forma, após passado esse tempo, não poderia o Estado aplicar alguma sanção ao agente, tendo como uma das justificativas que o decurso do tempo leva ao esquecimento do fato. Como afirma Giulio Battaglini¹⁴, a prescrição “cessa a exigência de uma reação contra o delito, presumindo a lei que, se o tempo não cancela a memória dos acontecimentos humanos, pelo menos a atenua ou a enfraquece”.

Outra justificativa para o instituto da prescrição é que o decurso do tempo leva à recuperação do criminoso, de forma que o Estado perde os motivos para desencadear a punição.

Assim, se as próprias justificativas da prescrição remetem a ideia de que com o passar do tempo não há mais necessidade de aplicação da pena, a divulgação de fatos ocorridos no passado, sem nenhuma contemporaneidade, diverge da essência que levou o legislador a criar este, como outros institutos que veremos a seguir.

Notório é que a divulgação perene de um crime cometido pelo agente, o estaria punindo socialmente, impedindo sua reintegração à sociedade e a restauração de sua dignidade sem sofrer preconceitos e constrangimentos.

¹² BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2019.

¹³ BITENCOURT, Cezar.Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. V.1. 25 ed. rev., e atual. 2019. São Paulo, Saraiva, 2019.

¹⁴ BATTAGLINI, Giulio, *Direito Penal*, tradução de Paulo José da Costa Júnior, Armida B. Miotto e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo, Saraiva, 1973. V.1, p 82.

Além disso, um dos objetivos da pena imposta ao agente de um fato criminoso é a sua reabilitação. O artigo 1º da Lei de Execuções Penais estabelece que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica reintegração social do condenado e do internado¹⁵.

Se reintegrar um indivíduo a sociedade é oferecer ao reeducando, condições para que ele consiga se regenerar e, desta forma, não voltar mais a realizar o mesmo crime ou outros, a divulgação eterna do ocorrido seria um ciclo vicioso, sem a chance de uma superação.

Assim como, o Código Penal brasileiro, em seu artigo 64, I¹⁶, dispõe que após o prazo de cinco anos do transito em julgado, não poderá o indivíduo ser considerado reincidente. Ou seja, adotou-se o sistema da temporariedade, uma vez que os efeitos negativos da reincidência duram apenas por determinado período de tempo.

Desse modo, negar que houve uma tendência do legislador de resguardar o indivíduo de atos cometidos no passado, é negar a própria existência desses institutos previstos em nossa legislação.

Evidente, assim, conforme todos os institutos citados acima, que mesmo não expresso, o direito ao esquecimento já influi em nossa legislação, na medida em que não se pode prejudicar alguém por fatos anteriores após um certo lapso de tempo.

O direito ao esquecimento tem relação com a memória individual de cada pessoa, com a informação sobre situações que já aconteceram e que, com o tempo, deixaram ser úteis, não sendo de interesse público, e dando ao indivíduo a oportunidade de reinserção na sociedade.

Não parece justo para autores de atos delituosos que estejam em processo de ressocialização, para os absolvidos em procedimentos criminais, tampouco para as vítimas e seus familiares, que fatos pretéritos sejam continuamente lembrados, isto é, que o passado seja convertido em um presente contínuo.

Óbvio que há casos impossíveis de serem esquecidos diante de sua repercussão, mas um país que busca ressocializar os agentes desses crimes, deve garantir de forma segura que a lembrança de acontecimentos passados não sejam empecilhos capazes de prejudicar sua imagem, de modo que não consiga se reinserir na sociedade.

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 7.210*, 11 de julho de 1984. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 07 set. 2019.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 12.

Vale lembrar que o tema direito ao esquecimento também foi objeto de discussão no Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais nº 1.334.097¹⁷ – RJ e nº 1.335.153¹⁸ –RJ, ambos da relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão.

O caso analisado no REsp nº 133.097 – RJ, tratava-se da história de um dos acusados de ter participado do trágico episódio conhecido como a Chacina da Candelária, ocorrido no Rio de Janeiro em 1993, mas que ao final do processo fora considerada inocente. Anos após a absolvição do envolvido, uma emissora de televisão produziu documentário sobre o episódio, apontando novamente o seu nome como uma das pessoas que havia participado do crime. O indivíduo ingressou com uma ação de indenização, argumentando que sua exposição no programa, reacendeu na comunidade onde reside a imagem de que ele seria um assassino, violando seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal. Alegou, inclusive, que foi obrigado a abandonar a comunidade em que morava para preservar sua segurança e a de seus familiares. Ao final, a Corte Superior entendeu pela procedência da ação, já que permitir uma nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade.

Já o caso analisado no REsp nº 1.335.153 – RJ, se referia à ação com o objetivo de receber indenização por danos morais, materiais e à imagem pleiteada pelos familiares de Aida Curi, estuprada e morta em 1958 por um grupo de jovens. Novamente, muitos anos após o ocorrido, a uma emissora de televisão produziu documentário, divulgando o nome da vítima e fotos reais. Para os autores da referida ação, não havia mais a necessidade de se resgatar aquela história, que havia ocorrido muitos anos atrás e que já não fazia parte do conhecimento comum da população, apenas trazendo de volta as nefastas lembranças do crime e todo o sofrimento que o envolve.

Neste caso, em que pese a Corte ter entendido pela ausência de abalo moral apto a gerar responsabilidade civil, reconheceu que assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo crime, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento, direito este que consiste em não se submeter a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causam, por si, inesquecíveis feridas.

Assim, apesar de o direito ao esquecimento ser uma temática recente na doutrina e na jurisprudência brasileira, é visível a influência deste direito em institutos já consagrados em

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.334.097*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201201449107&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 07 set. 2019.

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.335.153*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201100574280&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 07 set. 2019.

nossa legislação, de forma que o indivíduo não pode ser prejudicado por fatos que ocorreram há tempos.

Percebe-se, então, a tentativa do legislador de proteger o indivíduo de fatos ocorridos em seu passado, para que não possa influenciar no presente ou futuro. O próprio termo ‘esquecimento’ remete a possibilidade de controlar a sua própria identidade, de preservar a opção de começar de novo e superar os fatos pregressos.

Se todos esses institutos visam beneficiar o agente para que possa voltar a ter uma vida digna, sem interferências que podem causar, não parece justo permitir que fatos anteriores, mesmo sem contemporaneidade possam ser eternamente lembrados afetando a vida e abrindo antigas feridas.

3. DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO

Diante do cenário posto nos capítulos anteriores, o direito ao esquecimento, definido como a desvinculação do indivíduo de algum fato pretérito, depois de decorrido certo lapso temporal, apesar de não estar expressamente previsto na legislação brasileira, é corolário do direito à intimidade, à privacidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, estes de status constitucional.

Inegável perceber que, surge então, uma colisão entre direitos fundamentais. De um lado, os direitos da personalidade, dentre eles o direito ao esquecimento, e, de outro lado, a liberdade de imprensa, de informação e de expressão, valores de índole constitucional, ínsito de uma sociedade contemporânea, multifacetária e globalizada, os quais não podem estar submetidos a qualquer tipo de censura¹⁹.

É importante comentar que no julgamento da ADPF nº 130²⁰, o Supremo Tribunal Federal proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opinião.

Segundo a Corte Suprema, a liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício dos demais direitos e liberdade. Dessa forma, a retirada de alguma matéria de circulação, configura censura em qualquer hipótese, e só seria admitido em situações extremas.

¹⁹ RAMOS FILHO, op. cit., nota 9.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 130* Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411> Acesso em: 23 set. 2019.



Não se pode deixar de destacar que, no Brasil, a história da liberdade de expressão e de informação é uma história sombria, marcada por sucessivos golpes, quebras de legalidade e pelos efeitos de duas longas ditaduras²¹. Passada essa era sombria, as liberdades de informação e de expressão foram devidamente albergadas pela Constituição Federal, exercendo a imprensa, nos dias atuais, um papel de suma importância no desenvolvimento e fortalecimento de qualquer Estado de Direito que tenha a pretensão de se autoafirmar como democrático.

Isso significa que o afastamento da liberdade de expressão é excepcional, devendo ser feita uma análise criteriosa e rigorosa de toda e qualquer medida que tenha por objetivo restringir esta garantia.

Contudo, nenhum direito constitucional é absoluto e, portanto, a liberdade de expressão também não é. A própria Constituição Federal²² impõe alguns limites ou qualificações à liberdade de expressão, como a vedação do anonimato (art. 5º, IV); direito de resposta (art. 5º, V); restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, § 4º); classificação indicativa (art. 21, XVI); e, o dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X).

Neste viés, havendo a colisão entre os princípios da liberdade de expressão e os direitos da personalidade, estes deverão ser ponderados na análise de cada caso concreto.

Como visto no parágrafo anterior, o próprio Superior Tribunal de Justiça ao decidir sobre o confronto desses princípios, entendeu de forma diversa nos dois julgados citados, de forma que a análise deve ser singular.

Evidencia-se que tanto a liberdade de expressão como os direitos de privacidade, honra e imagem, nos quais está inserido o direito ao esquecimento, possuem estrutura constitucional. Ou seja, entre eles não há hierarquia, na medida em que não é possível estabelecer, em abstrato, qual deve prevalecer.

Assim, em caso de conflito entre normas dessa natureza, impõe-se a necessidade de ponderação. Não se podendo afirmar, de imediato, qual irá prevalecer no caso concreto.

Não há, portanto, disposição legal que venha a determinar o processo decisório nas hipóteses de conflito principiológico, ficando a cargo julgador analisar o caso concreto e sopesar os princípios envolvidos. Nota-se que o papel desempenhado pelo Magistrado passa a

²¹ RAMOS FILHO, op. cit., nota 9.

²² BRASIL, op.cit., nota 2.

ter mais importância e autonomia, quando comparado ao de aplicador das normas²³, uma vez que cabe a ele decidir qual direito fundamental irá prevalecer.

Em um cenário ideal, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa, tendo como fio condutor a proporcionalidade e razoabilidade.

Os casos em que o direito ao esquecimento pode e deve ser aplicado seriam aqueles que envolvessem a divulgação de fatos pretéritos com ausência total de contemporaneidade da notícia, de modo que não houve interesse público a justificar a transmissão do acontecimento.

Dessa forma, o interesse público existente na divulgação do fato deve ser averiguado com muito cuidado, já que, muitas vezes, a mídia é voltada apenas à obtenção de lucros e interessada em inundar a esfera pública de fatos estritamente privados.

Deve-se levar em conta também os autores dos fatos que seriam divulgados, uma vez que personalidades públicas, como as celebridades e políticos, tem o seu direito de imagem relativizado em virtude do trabalho, ofício ou por escolha própria.

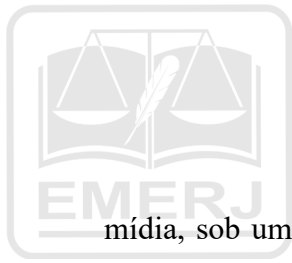
Todavia, o direito ao esquecimento, como corolário do direito constitucional à privacidade, deve prevalecer sobre a liberdade de expressão nos casos de caráter criminal, com ausência de contemporaneidade e desprovidos de interesse público e historicidade.

Conforme amplamente já demonstrado, a utilização pela mídia desses acontecimentos trágicos passados, podem causar aos envolvidos sérios danos e abalos de ordem moral. Tanto para o acusado em processo de ressocialização, que pode reacender a desconfiança geral da sociedade acerca de sua índole, quanto para a vítima e seus familiares, que pode trazer à tona traumas já superados.

Assim, por óbvio, que a divulgação de atos criminosos atuais, necessários para proteger a segurança pública e alertar a população, têm prevalência sobre a garantia da privacidade. Mas cristalino está que a análise deve ser feita caso a caso, buscando-se uma harmonização entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, onde ambos os valores seriam preservados, de forma que somente informações contemporâneas e de interesse público sejam divulgadas, sem ferir a honra dos envolvidos.

Se a própria Constituição Federal estipulou que se deve preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, como limitação à liberdade de expressão, não cabe a

²³MATTA, Thiago da Cruz Resende da. *Os efeitos do marco civil da internet para a proteção da privacidade por meio do direito ao esquecimento*. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1 semestre2018/pdf/ThiagodaCruzResenedaMatta.pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.



mídia, sob uma lógica empresarial e de forma gananciosa, permitir a reprodução desmedida desses acontecimentos.

Portanto, faz-se necessária uma análise casuística por parte do julgador, mas o direito ao esquecimento está dentre as hipóteses excepcionais que permitem a retirada de algumas matérias de circulação, visando proteger a privacidade e a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado no presente trabalho, a necessidade de a Constituição Federal manter-se atualizada a fim de ter a sua força normativa preservada fez necessário o reconhecimento de direitos até então não expressamente positivados.

Em razão dos avanços tecnológicos e intenso desenvolvimento dos meios de comunicação, ganhou força o direito ao esquecimento, como um instrumento de salvaguarda daquele indivíduo que se depara com a divulgação de fatos pretéritos, com ausência total de contemporaneidade e interesse público que justifique a reiterada transmissão.

Assim, tal direito que, pode e deve ser visto como uma nova faceta dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, tem por objetivo evitar que se tenha a disseminação da informação pessoal passada que, deixando de cumprir a sua finalidade, provoque um dano à pessoa.

Como visto, embora não possuindo guarita legal, é possível ver a influência desse direito em institutos já consagrados, como na prescrição penal, na função social da pena e nos fatores que determinam a reincidência.

Além disso, a própria jurisprudência dos Tribunais brasileiros já se viu diante de casos em que se aplicava o direito ao esquecimento para a solução de demandas que ingressaram ao judiciário.

Surge, assim, como se observou, uma colisão entre direitos fundamentais, estando de um lado o direito ao esquecimento, como corolário do direito à privacidade e da dignidade da pessoa humana e, de outro lado, a liberdade de expressão, informação e imprensa.

Apesar de todos os direitos citados acima possuírem índole constitucional, inexistindo hierarquia entre eles, eles não são absolutos, de forma que na análise do caso concreto deve ser utilizada a técnica da ponderação de princípios.

Logo, ante a ausência legal sobre o tema, os Tribunais, diante de um julgamento envolvendo tais direitos constitucionais conflitantes, precisam analisar as peculiaridades que

envolvem a questão, escolhendo, com base na proporcionalidade e razoabilidade, qual princípio deverá prevalecer.

Nesta seara, as colisões entre essas prerrogativas devem ser analisadas com a situação conflituosa, de modo que prevaleça o direito mais pertinente de proteção no caso pratico.

Todavia, notório é que ao se estar diante de divulgação de matérias jornalísticas sobre fatos pretéritos de caráter criminal, com ausência total de contemporaneidade e desprovidos de interesse publico, o direito ao esquecimento deve prevalecer sobre a liberdade de expressão.

Assim, não está se afirmando que o direito ao esquecimento sempre preponderará, mas que ao ficar demonstrado que os dados passados criminais não são mais de interesse publico e voltem a perturbar na atualidade, causando danos de ordem moral, deve-se sim privilegiar a esfera íntima, privada e da personalidade.

É evidente que uma condenação criminal, muitas vezes, torna-se um “fardo” significativo na vida do sentenciado, mesmo depois do cumprimento da pena e do decurso de longos anos.

Mas é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal*. V.1. Tradução de Paulo José da Costa Júnior, Armida B. Miotto e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo, Saraiva, 1973.

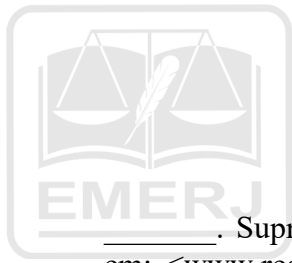
BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. V.1. 25 ed. rev., e atual. 2019. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2019.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 531*. Disponível em: <www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 09 out. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 out. 2019.

_____. *Lei nº 7.210, 11 de julho de 1984*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 07 set. 2019.



_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 130* Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411> Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.334.097*. Relator: LuisFelipe Salomão. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201201449107&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 07 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.335.153*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201100574280&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 07 set. 2019.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil*, Parte Geral. 3ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais julgados do STF e STJ comentados*. Manaus: Dizer o Direito, 2014.

MACIEL, Rodrigo Augusto Pinto Maciel. *Direitos Fundamentais e a cláusula de abertura material*. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50596/direitos-fundamentais-e-a-clausula-de-abertura-material> Acesso em: 09 out. 2019.

MATTA, Thiago da Cruz Resende da. *Os efeitos do marco civil da internet para a proteção da privacidade por meio do direito ao esquecimento*. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/pdf/ThiagodaCruzResenedaMatta.pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.

RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. *Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de expressão: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação*. Disponível em: <esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Informa%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em: 23 set. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

O DESPEJO LIMINAR, A NECESSIDADE DE DEPÓSITO PRÉVIO E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Flávia Bruno Machado Calheiros Esteves

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo—as relações entre Locadores e Locatários, com o passar dos anos e o desenvolvimento da sociedade, passaram a ser cada vez mais complexas. Por esse motivo, a Lei nº 8.245/91 foi criada para regular tal relação e atualizada, para se adaptar as mudanças dessa realidade. A inclusão do inciso IX, ao §1º do artigo 59 trouxe a possibilidade de o Locador despejar o Locatário inadimplente sem ter que aguardar tanto tempo, mas também apresentou o ônus da exigência de depósito prévio. A necessidade de apresentação dessa caução, busca proteger o Locatário, mas por vezes, dificulta o acesso a justiça. Uma alternativa para os Locadores menos favorecidos seria buscar a proteção jurisdicional com fundamento no artigo 300 do Código de Processo Civil. A essência do trabalho é abordar as duas modalidades de concessão de despejo liminar por falta de pagamento e apontar qual traria mais eficácia ao instituto.

Palavras Chaves -Direito Civil. Direito à Moradia. Função Social da Propriedade. Despejo. Cumprimento Contratual.

Sumário -Introdução. 1. O direito de propriedade e a importância de sua compatibilização com o direito à moradia. 2. O despejo liminar e a necessidade de depósito prévio da Lei nº 8.245/91. 3. A aplicação do Código de Processo Civil como alternativa a exigência do artigo 59, §1º da Lei nº 8.245/91. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho aborda o tema do despejo liminar e a necessidade de depósito prévio para sua concessão. O objetivo desse estudo é demonstrar os motivos que fazem com que a exigência de depósito prévio para concessão da medida liminar seja questionável.

Observando a questão por meio dos princípios norteadores do direito, percebe-se que a situação é bastante complexa. É importante que se faça a ponderação de valores entre esses princípios, para que se avalie os prejuízos de cada uma das partes, para que se decida sobre a necessidade de apresentação de garantia ou não para a concessão da liminar.

O primeiro capítulo, procura justamente dirimir a controvérsia principiológica que ocorre em casos de despejo liminar. Procura-se apresentar uma ponderação entre os princípios constitucionais sensíveis e os princípios de Direito Civil, explicando a importância deles e sua aplicabilidade ao caso concreto.

A Lei nº 8.245/91, exige o depósito prévio para a concessão da medida, entretanto, a aplicação da lei pura e simplesmente, sem observância da situação fática, acaba acarretando



prejuízos para as partes. Por isso, atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro zela pela aplicação do Direito Civil Constitucional, para que haja a observância dos valores em questão, e seja tomada a decisão mais adequada e que gere uma menor onerosidade para as partes.

O segundo capítulo, busca apresentar a importância da aplicação do Direito Civil Constitucional em casos onde a lei exige a apresentação de garantia ao juízo para o deferimento de medida liminar.

A jurisprudência atual ainda possui muita divergência quanto a necessidade ou não do depósito prévio. Muitos magistrados adotam a posição legalista e apenas cumprem com o determinado no artigo 59, §1º da Lei nº 8.245/91, fazendo uma análise bastante objetiva sobre o caso e por isso exigem o depósito prévio como condição para a concessão da liminar e por muitas vezes acabam por inviabilizar o acesso à justiça.

O terceiro capítulo vai abordar a possibilidade trazida pela jurisprudência de se flexibilizar o rol taxativo do artigo 59, §1º, da Lei nº 8.245/91 e se aplicar em determinados casos a Tutela de Urgência do artigo 300 do Código de Processo Civil, fazendo assim, uma análise mais específica, percebendo as peculiaridades da situação para posteriormente se exigir ou não o depósito para o deferimento da liminar.

Ele vai defender a importância da participação ativa dos magistrados nesses casos, aproximando o cidadão comum do Judiciário, aumentando o grau de confiabilidade, tratando todos os cidadãos de forma isonômica e facilitando o acesso à justiça.

A proposta é encaminhar a pesquisa 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 qualificativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação e doutrina), para sustentar a sua tese.

1. O DIREITO DE PROPRIEDADE E A IMPORTÂNCIA DE SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM O DIREITO À MORADIA

No direito brasileiro, o conceito de propriedade tem evoluído com o passar dos anos, a partir da Constituição Federal de 1988, esse conceito deixou de ser unicamente privado e passou a adotar características constitucionais. Nas Lições de Flávio Tartuce “O direito de

propriedade é aquele que atribui ao seu titular as prerrogativas de usar, gozar, buscar ou reaver a coisa, sendo oponível contra todos (*erga omnes*).”¹

A Constituição apresenta, diversos dispositivos que defendem o direito de propriedade e principalmente sua função social. Atualmente, com toda essa mudança a propriedade não é apenas uma questão patrimonial, por si só, e a partir da chamada função social da propriedade, trazida pela Constituição Federal² em seu artigo 5, XXIII, o direito de propriedade deixou de ser absoluto, agora devendo se adequar e compatibilizar com os direitos sociais e coletivos.

De acordo com Alexandre de Moraes³, os direitos sociais são:

[...] direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social [...]

Assim, quando se fala em compatibilizar função social da propriedade e direitos sociais, o mais comum é que se esteja falando em proteção ao direito de propriedade e proteção ao direito à moradia. Dessa forma, viabilizar tal compatibilização entre esses dois direitos requer do operador do direito, além de conhecimento jurídico, uma ponderação de valores bastante expressiva entre ambos.

O direito de moradia, garantido no artigo 6º da Constituição Federal⁴, está diretamente ligado a preservação da dignidade humana, isso significa dizer que com o reconhecimento desse direito para todos, o constituinte buscava garantir um mínimo de bem-estar a toda sociedade e com isso, obrigar o estado a instituir políticas públicas para garantir ao indivíduo minimamente um lugar em condições de ser habitado.

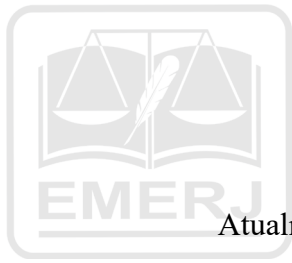
Considerando a impossibilidade de o Estado fornecer “casa própria” para toda a sociedade de forma igualitária, a locação residencial passou a ser uma opção viável para garantir o chamado direito à moradia e preservar o bem-estar social. Dessa forma, passou o Estado a regular tal negócio jurídico, criando meios de proteger Locador e Locatário e até o bem.

¹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 514.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 abr. 2019.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 201.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.



Atualmente, quando se vai tratar de locação residencial, utiliza-se a Lei nº 8.245/91⁵, e por meio dela é possível se encontrar a proteção ao direito do proprietário do imóvel em receber a contraprestação pelo seu uso e a proteção ao direito do indivíduo em ter uma moradia.

Dessa maneira, é preciso se avaliar de forma individualizada cada caso para uma melhor decisão. Entretanto, é possível se observar o seguinte, como dito anteriormente o direito de propriedade não tem caráter absoluto e tem o proprietário do imóvel, obrigação de dar função social adequada ao bem.

Ocorre em um contrato de locação, surgem novos direitos e deveres para que o bem receba a devida função social. Isso significa dizer que o proprietário, ao locar seu imóvel a terceiro pretende que seu patrimônio seja utilizado de forma adequada, cumprindo com sua função social e contribuindo para o bem-estar social, que é um dever de todos. Porém, não é só esse o interesse do proprietário quando da locação de seu bem, ele tem também como objetivo receber os proventos desse negócio jurídico celebrado com terceiro. Dessa maneira, pretende o proprietário, também, ter seus interesses atendidos quando da prática do negócio jurídico.

O mesmo ocorre com o locatário ou terceiro interessado, quando busca um imóvel para alugar. Nesse caso, pretende garantir seu direito à moradia, bem como, dar função social a um bem que desocupado torna-se “imprestável” socialmente falando. Da mesma maneira que o locador/proprietário, o locatário assume direitos e deveres, e os principais deles são poder desfrutar do imóvel, preservar o bem e pagar pela locação.

Quando algum dos direitos ou deveres de locador/proprietário ou de locatário é desrespeitado é que começam os impasses entre direito de propriedade e o direito à moradia.

Inicialmente, por uma questão lógica é comum que se defenda o direito à moradia acima de qualquer coisa, por ser um direito social, constitucionalmente garantido, é ele quem merece prevalecer. Ocorre que quando esse direito converge com um direito de natureza privada é necessário que se tenha cautela.

De acordo com o artigo 23, I, da Lei nº 8.245/91⁶, “é dever do locatário pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação (...)”, assim é mais do que compreensível que em caso de não pagamento o proprietário tenha direito de requerer a devolução do imóvel. Nesse caso, além de não se preservar o direito de propriedade do locador/proprietário,

⁵BRASIL. *Lei nº 8.245*, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 05 abr. 2019.

⁶Ibid.

também não se preserva a função social dos contratos, considerando que o não pagamento dos valores correspondentes a locação é uma forma grave de descumprimento contratual.

Dessa forma, o descumprimento do contrato de locação por uma das partes concede a outra o direito de rescindir o contrato e buscar uma solução que melhor atenda aos interesses da parte que se sentiu lesada na relação. Em sua maioria, os contratos possuem cláusulas que protegem o direito das partes, mas para o proprietário reaver o bem por qualquer motivo que seja, a via adequada é a da ação de despejo, conforme previsto no artigo 5º, da Lei nº 8.245/91⁷.

O rito da ação de despejo também está regulado na Lei nº 8.245/91⁸ e é por meio dele que se desenvolve todo o processo para o proprietário restabelecer o seu direito supostamente violado. Enquanto isso, tem o indivíduo/locatário, seu direito à moradia garantido, sendo-lhe concedida a possibilidade de se defender por meio do contraditório e da ampla defesa, inclusive, sendo possível a manutenção da locação em caso de “retratação” da parte ofensora.

Como é possível observar as possibilidades concedidas pela lei asseveram ainda mais a ideia da importância do direito à moradia em detrimento de outros direitos, inclusive do próprio direito de propriedade. Quando, por exemplo, o legislador permite ao locatário inadimplente purgar a mora e manter a locação, ele mais uma vez traz à tona a importância do direito à moradia e o quanto essa garantia de bem-estar deve ser preservada.

No entanto, assim como o direito de propriedade não pode ser considerado absoluto, o direito à moradia também não o pode ser. Isso significa que é muito importante que ocorra a combinação entre esses dois direitos para que ninguém saia efetivamente prejudicado na relação anteriormente constituída.

De acordo com Alexandre de Moraes⁹ os direitos e garantias individuais e coletivos não devem ser usados como escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas, e menos ainda para diminuição da responsabilidade civil ou penal, sob pena de violação do Estado de Direito. Dessa forma, mais uma vez é possível se afirmar que esses direitos não são ilimitados, e que o limite de cada um deles está no início de outro direito.

Por esse motivo, quando da existência de conflito entre um ou mais direitos se deve aplicar o princípio da harmonização, para que se analise os bens jurídicos em conflito, evitando a supressão total de um em detrimento do outro. Ainda que em determinado

⁷Ibid.

⁸Ibid.

⁹MORAES, op. cit., p. 30.



momento seja necessário que uma das partes abra mão de seu direito para resolver o conflito, não é possível que se beneficie o ato ilícito.

Aceitar que o direito de uma pessoa que comete ato ilícito, nesse caso o definido no artigo 187 do Código Civil¹⁰, prevaleça sobre outros direitos seria no mínimo compactuar com uma situação de “ilegalidade” em âmbito cível e não é esse o papel que o Judiciário deve exercer. Dessa forma, pela preservação do estado de bem-estar social e pelo princípio da boa-fé que rege todas as relações de direito no país, o direito de propriedade e o direito à moradia precisam ser compatibilizados para que os prejuízos causados sejam ínfimos em detrimento dos benefícios recebidos com o fim do conflito.

2. O DESPEJO LIMINAR E A NECESSIDADE DE DEPÓSITO PRÉVIO DA LEI Nº 8.245/91

A maioria das ações judiciais são demoradas¹¹, no ano de 2018, um processo na justiça estadual demorou em média 2 anos e 4 meses da distribuição até a sentença. E nas ações de despejo, tal cenário não se modifica muito, e isso, acaba por prejudicar o Locador que além de não receber o valor combinado em contrato, ainda acumula dívidas com o não pagamento de encargos e a falta de manutenção do imóvel locado. Além disso, ainda tem despesas para reaver o imóvel.¹² E é justamente por esse motivo quemuitas pessoas demoram ou deixam de propor a ação de despejo, porque sabem que será um procedimento demorado e que muitas vezes apenas trará prejuízos.

A possibilidade trazida pelo artigo 59, §1º, IX, da Lei nº 8.245/91¹³ aparece como uma esperança a esses Locadores que temem que a morosidade do Judiciário lhes traga mais prejuízos. O mencionando artigo dispõe a respeito da possibilidade de se obter o despejo em caráter liminar, ou seja, a desocupação do imóvel em 15 dias, desde que depositado o valor referente a três meses de locação e que tal contrato esteja desprovido de qualquer garantia.

¹⁰ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 abr. 2019.

¹¹BRASIL. *CNJ: Justiça em números*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

¹²CEZAR, Daihane. *As duras lições que aprendi com ação de despejo*. Disponível em: <<http://leidoinquilinatopratica.com.br/as-lico-es-acao-de-despejo/>>. Acesso em: 14 out. 2019.

¹³BRASIL. *op.cit.*, nota 5.

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e da doutrina, explanado no voto do Ministro Luis Felipe Salomão no REsp nº 1207161¹⁴, essa medida liminar caracteriza-se como uma tutela de evidência, uma vez que tem o Locador, o direito subjetivo razoavelmente demonstrado de ter a posse do imóvel que locou. Por esse motivo, desnecessária seria a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, sendo apenas necessário o cumprimento dos requisitos da Lei nº 8.245/91¹⁵.

Por isso, a possibilidade de solucionar o problema em 15 dias, parece um tanto quanto atraente, mas esbarra mais uma vez nas condições financeiras do Locador, uma vez que a missão de possuir o valor referente a 3 (três) meses de locação para o homem médio, na atual situação econômica do país, não é das mais fáceis.

Assim, a ideia do legislador parecia, em um primeiro momento, a solução rápida para inquilinos inadimplentes, entretanto, na prática não foi assim que funcionou. A ação de despejo cumulada com cobrança, por si só, é uma ação cara. As custas processuais devem ser pagas de acordo com o valor da causa que no despejo com cobrança é referente a soma de 12 meses de aluguel, na forma do artigo 58, III, da Lei nº 8.245/91¹⁶ com a soma dos valores devidos, conforme artigo 292, I, do CPC¹⁷ e ENUNCIADO - AVISO TJ Nº 47, 2¹⁸. A necessidade de garantir o juízo tornou-se um fato impeditivo ou dificultador de acesso à justiça. Isso porque, em uma análise bastante ampla da situação, é possível concluir-se que, se o Locador tem dinheiro para garantir o juízo, ele tem condições de arcar com as custas judiciais, e nem sempre essa é a realidade e por isso, o Locador desiste de tal pedido liminar, optando pelo procedimento de despejo regular, que levará alguns anos até o julgamento final e/ou desocupação do imóvel.

Quando o legislador exige a garantia, ele busca, em verdade, garantir o direito do Locatário em não ser injustiçado, caso o Locador esteja agindo de má-fé. Obviamente que a preocupação há quase 10 anos quando se incluiu o inciso IX, no artigo 59, §1º da Lei nº 8.245/91¹⁹ era preservar a boa-fé nas relações contratuais, evitando que o Locador tivesse facilidade para prejudicar um Locatário que tenha se tornado um desafeto.

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1207161*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13799666&num_registro=201001507792&data=20110218&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 02 set. 2019.

¹⁵BRASIL. op.cit., nota 5.

¹⁶Ibid.

¹⁷BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

¹⁸BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Portal do conhecimento*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/acao-cobranca.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

¹⁹BRASIL. op.cit., nota 5.



Ocorre que, atualmente, a garantia trazida na Lei, tem favorecido a má-fé. Isso porque, como dito anteriormente, as ações de despejo que tramitam sem a concessão de liminar, são demoradas²⁰ e por mais que não fiquem suspensas durante o recesso forense, como determina o artigo 58, I, da Lei nº 8.245/91²¹, não haverá desocupação do imóvel de forma coercitiva pelo menos até o trânsito em julgado da sentença que deferir o despejo (o que pode demorar em média 2 anos e 4 meses, se não houver recurso)²². Nesses casos, o Locatário continuará a morar “de graça” e a deteriorar o imóvel, prejudicando o Locador. Não parece razoável que o Judiciário compactue com tal ato ilícito.

Parece absurdo se falar em má-fé do locatário, mas é bastante comum que isso ocorra. Quando, por algum motivo, qualquer pessoa deixa de poder arcar com seus compromissos financeiros ela deve procurar alternativas para honrar com eles. Pessoas que possuem boa-fé, procuram seus devedores e tentam encontrar uma solução para o caso. Na locação isso também deve ocorrer, quando o Locatário não tem mais condições de cumprir com as obrigações que assumiu, ele deve procurar o Locador e buscar solucionar o problema. Caso ambos concluam que a locação é insustentável devem acordar a rescisão contratual sem mais prejuízos para ambas as partes.

Quando o Locatário não procura o Locador, sequer para se justificar, e não cumpre com suas obrigações contratuais por um tempo razoável, fica difícil encontrar a boa-fé pela qual se deve reger tal relação. A mesma lógica se aplica ao Locador, se ele tem um problema com relação ao contrato ou ao Locatário, o correto seria que ele o procurasse para tentar resolver a questão e essa poderia, inclusive ser uma das exigências da lei, comprovação de que tentou resolver a questão amigavelmente, e isso poderia ser uma das alternativas para suprir a obrigatoriedade do depósito prévio. Entretanto, é preciso esclarecer que a má-fé do Locatário não pode ser presumida, assim como, a do Locador não o é, e por isso, é necessário que se analise os casos de forma individual, evitando injustiças.

A pretensão do legislador foi bastante coerente, facilitar o despejo e preservar eventuais direitos do Locatário, ocorre que com a realidade do país faz-se necessário algumas adaptações, buscando viabilizar a eficiência de tal norma.

As adaptações ou compatibilizações devem vir dos operadores do direito, isso significa dizer que faz-se necessário que advogados e magistrados tenham um certo diálogo, para que primeiro se analise o caso e a necessidade do depósito prévio para evitar possíveis

²⁰BRASIL. op.cit. nota 11.

²¹BRASIL. op.cit., nota 5.

²²BRASIL. op.cit. nota 11.

injustiças, uma vez que, o indeferimento de plano do pedido liminar pela ausência de depósito prévio, também parece um tanto quanto injusto com relação a pessoa do Locador. É estranho se falar em injustiça, mas o Judiciário não pode ser instrumento utilizado para prejudicar terceiros, e em muitos casos esse excesso de formalismo acaba por ser um artifício prejudicial.

Obviamente que considerando a demanda existente no Judiciário nacional atualmente, parece impossível pedir que o magistrado primeiro faça uma análise prévia, depois exija ou não o depósito para assim deferir a liminar. Essa sequência de atos levaria algum tempo, e não teria a eficiência pretendida pelo legislador quando da criação do artigo 59, §1º, IX, da Lei nº 8.245/91²³. Entretanto, é importante se trabalhar em conjunto para operacionalizar tal procedimento, até porque, um despejo liminar levaria em média 3 meses da sua distribuição a desocupação do imóvel.

Por exemplo, sendo um pedido liminar a ação é distribuída e remetida para o juiz apreciar o pedido liminar, após o deferimento a decisão é remetida ao oficial de justiça para que ele intime o Locatário para desocupação no prazo de 15 dias ou purgação da mora, esse trâmite com uma atuação muito efetiva de todos os envolvidos durará o tempo expresso acima, na forma do artigos 59, §1º e 63 da Lei nº 8.245/91²⁴ e isso faria com que as demandas desse tipo que se arrastam por anos não existissem mais ou só existissem quando fossem extremamente essenciais. Isso ajudaria a diminuir a quantidade de demandas em curso nas varas cíveis espalhadas pelo país e conseqüentemente ajudaria a melhorar a morosidade do Judiciário, tendo em vista que ações que terminam mais rápido, exigem menos da máquina, o que faz com que ações com grau de complexidade maior tramitem em um tempo mais adequado.

A possibilidade de concessão de liminar nas ações de despejo, não visa esvaziar o instituto e o procedimento da ação de despejo, mas busca aproximar o Judiciário da pessoa comum, e fazer com que o procedimento regular só seja usado quando realmente houver necessidade de tal desgaste. A ideia do Judiciário mais próximo do cidadão é mudar a realidade da sociedade atual e por esse motivo, implementar estudos e projetos para viabilizar a concessão da liminar fundada no artigo 59, §1º, IX, da Lei nº 8.245/91²⁵, sem a obrigatoriedade do depósito prévio exigido pelo legislador, traria a eficiência que se espera de

²³BRASIL. op.cit., nota 5.

²⁴Ibid.

²⁵Ibid.



tal dispositivo e poderia a longo prazo, aumentar a confiabilidade do cidadão comum no Judiciário.

3. A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO ALTERNATIVA A EXIGÊNCIA DO ARTIGO 59, §1º DA LEI Nº 8.245/91

A ação de despejo segue, em regra, o rito da Lei nº 8.245/91²⁶, inclusive quanto ao pedido liminar. Ocorre que há a possibilidade da aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil²⁷ a Lei nº 8.245/91²⁸. Assim, ao tratar do despejo liminar é importante que se observe as possibilidades trazidas pela norma de direito processual, que pode de uma maneira alternativa, facilitar o acesso à justiça.

Como dito anteriormente, a medida liminar prevista no artigo 59, §1º, da Lei nº 8.245/91²⁹ é considerada uma tutela de evidência. Entretanto, a o Código de Processo Civil³⁰, possibilita a concessão de tal liminar através da chamada, tutela de urgência satisfativa.

Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara³¹:

[...] a tutela de urgência satisfativa (tutela antecipada de urgência) se destina a permitir a imediata realização prática do direito alegado pelo demandante, revelando-se adequada em casos nos quais se afigure presente uma situação de perigo iminente para o próprio direito substancial (perigo de morosidade). [...]

Assim, é possível se concluir que a tutela satisfativa de urgência tem como objetivo evitar prejuízos decorrentes da demora de determinadas ações judiciais e da quantidade excessiva de ações existentes hoje no Judiciário.

Os requisitos para a concessão desse tipo de tutela na forma do artigo 300, do Código de Processo Civil³² são “uma situação de perigo de dano iminente, resultante da demora do processo (*periculum in mora*)”³³ e “a probabilidade de existência do direito (conhecida como *fumus boni iuris*)”³⁴.

Dessa forma, esse instituto processual se torna uma alternativa ao Locador para buscar a desocupação de seu imóvel de forma mais efetiva e rápida. A prova do direito de reaver o imóvel e a comprovação de que a permanência do inquilino inadimplente no bem

²⁶Ibid.

²⁷BRASIL. op. cit., nota 17.

²⁸BRASIL. op. cit., nota 5.

²⁹Ibid.

³⁰BRASIL. op. cit., nota 17.

³¹CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 158.

³²BRASIL. op. cit., nota 17.

³³CÂMARA. op. cit., nota 31.

³⁴Ibid.

ocasionará mais prejuízos, não é das provas mais difíceis a serem produzidas. Isso porque, conforme dito anteriormente, a permanência do inquilino no imóvel trará o consequente acúmulo de despesas referentes a locação, bem como, a deterioração do imóvel.³⁵

O artigo 300, §3º, do Código de Processo Civil³⁶, prevê que a medida de urgência satisfativa não será concedida se houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão e essa previsão poderia atrapalhar a concessão do despejo em caráter liminar, uma vez que, concedido o despejo, o Locatário será obrigado a desocupar o imóvel. Ocorre, no entanto, que no chamado Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), encontro entre processualistas para debater temas de Processo Civil, foi criado o Enunciado nº 419³⁷ que dispõe o seguinte: “Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis.”

Com esse enunciado, os magistrados adquirem a possibilidade de avaliar o caso concreto de forma mais minuciosa, buscando saber se a concessão da tutela é viável, mesmo possuindo efeitos irreversíveis.

Além disso, o artigo 300, §1º, do Código de Processo Civil³⁸, dispõe que o juiz pode exigir caução conforme o caso, para a concessão da tutela. Ao ler o disposto na primeira parte desse artigo, parece que a disposição da norma processual vai no mesmo sentido da disposição da Lei nº 8.245/91³⁹, a concessão de liminar de despejo está condicionada ao depósito prévio de caução, para evitar que o Locatário seja prejudicado em caso de má-fé do Locador, demora no processo ou dano de difícil reparação.

No entanto, conforme dito acima, a letra da lei fala que o magistrado “pode, conforme o caso”⁴⁰ condicionar o deferimento da medida liminar ao depósito prévio. Desse dispositivo, aplicando-o as Ações de Despejo, é possível se tirar a seguinte interpretação, o legislador não obriga que o Locador faça o depósito prévio de imediato para que haja o deferimento da medida liminar. Com isso, a participação dos magistrados nesses casos é extremamente importante, é dele a responsabilidade de analisar e decidir sobre a existência de possível dano ao Locatário, e para isso, faz se necessário a observância do caso concreto de forma mais ampla.

³⁵CEZAR. op. cit, nota 12.

³⁶BRASIL. op. cit., nota 17.

³⁷BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Civis. *Enunciado nº 419*. Disponível em: <<https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>> Acesso em: 16 set. 2019.

³⁸BRASIL. op. cit., nota 17.

³⁹BRASIL. op. cit., nota 5.

⁴⁰BRASIL. op. cit., nota 17.

É essa inclusive a orientação trazida na obra de Daniel Amorim Assumpção Neves⁴¹:

[...] Como a literalidade do dispositivo determina, a prestação da contracautela não é medida obrigatória, que se imponha em toda hipótese de concessão de tutela de urgência, sendo claro que o juiz poderá exigir a prestação de caução a depender do caso concreto. Entendo que a prestação de caução só deve ser exigida quando o juiz estiver em dúvida a respeito da concessão da tutela de urgência e notar no caso concreto a presença da irreversibilidade recíproca. Como sabe que a não concessão pode sacrificar o direito alegado da parte ou resultado útil do processo e que a concessão gerará uma situação fática irreversível, tendo dúvida a respeito de tal concessão exigirá da parte a prestação da caução. [...]

Por exemplo, um Locador que comprova que o Locatário reside no imóvel locado a pelo menos seis meses, sem pagar qualquer valor por isso, deve ser obrigado a depositar o valor referente a 3 meses de aluguel? Para decidir sobre o caso, e conceder ou não a liminar, o magistrado não precisa fazer uma análise profunda da situação, observando apenas as informações trazidas de forma bastante ampla na peça inicial, conseguirá saber a quem trará mais prejuízo o condicionamento do deferimento da liminar ao depósito caução.

Nem sempre o Locador terá razão e o depósito prévio, poderá sim ser exigido como forma de preservar os interesses do Locatário, mas para isso, é preciso uma atuação ativa do magistrado que na posição de Poder Público, deve atuar de forma a evitar prejuízos ao cidadão que busca e confia no Judiciário para resolução de seus conflitos.

Além dessa possibilidade trazida na primeira parte do artigo 300, §1º do Código de Processo Civil⁴², que exige uma atuação mais ativa do magistrado buscando mitigar a taxatividade imposta pelo artigo 59, §1º da Lei nº 8.245/91⁴³. A segunda parte do mesmo artigo, garante que pode a caução ser dispensada em casos onde a parte possui hipossuficiência econômica. A ideia do legislador parece mais coerente, tendo em vista que, a exigência da caução de forma inequívoca prejudica o acesso à justiça. Conforme explanado no capítulo anterior, nem todos os Locadores possuem recursos para arcar com custas judiciais e depósito caução, e por isso deixam de tentar a desocupação do imóvel de forma mais rápida, aguardando pelo procedimento normal da Lei nº 8.245/91⁴⁴.

Com a possibilidade trazida pelo Código de Processo Civil⁴⁵, os Locadores menos favorecidos acabam por se igualar aos Locadores com uma melhor condição financeira e isso acaba por possibilitar que a tutela jurisdicional prestada pelo Poder Público, não diferencie

⁴¹NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – volume único. 10 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018, p.504.

⁴²BRASIL. op. cit., nota 17.

⁴³BRASIL. op. cit., nota 5.

⁴⁴Ibid.

⁴⁵BRASIL. op. cit., nota 17.

tais pessoas. Assim, a possibilidade trazida na norma processual, acaba por respeitar o Princípio da Isonomia, trazido pela Constituição Federal⁴⁶.

Dessa forma, a aplicação da norma processual em conjunto com as disposições da Lei nº 8.245/91⁴⁷, mitigando o entendimento do legislador da época, e adequando a ideia a realidade atual, faz com que o instituto do despejo liminar seja acessível a mais Locadores, o que faz com que a norma jurídica ganhe uma maior eficácia. A eficácia trazida por tais adequações aproxima o Judiciário do cidadão comum.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa, constatou que ainda existe divergência na jurisprudência quanto a necessidade ou não de depósito prévio para obtenção do despejo em sede liminar. O embate ocorre, justamente, por existir uma regra na Lei nº 8.245/91 que é supostamente taxativa e a possibilidade trazida pela norma geral de Processo Civil, que mitigaria essa taxatividade.

Como regra, conforme dispõe o Princípio da Especialidade, a norma especial se sobrepõe a norma geral e por isso, há quem defenda que a lei está ali para ser cumprida e por isso, não é necessário se analisar de forma peculiar o caso, sendo necessário apenas, os cumprimentos dos requisitos formais para que se conceda a tutela pretendida.

Entretanto, há aqueles que admitem que o previsto no artigo 59, §1º da Lei nº 8.245/91 deve ser mitigado, inclusive, não havendo a necessidade de depósito prévio para a concessão do despejo liminar. Essa ideia, é fundamentada no artigo 300 do Código de Processo Civil, que traz a chamada Tutela de Urgência que concede a possibilidade ao magistrado de após analisar o caso concreto, condicionar a concessão do despejo liminar a depósito do valor referente a garantia, para que se proteja o direito do Locatário.

As reflexões trazidas no trabalho, fazem com que a conclusão obtida seja no sentido de que a participação ativa dos magistrados em ações de despejo com pedido liminar é extremamente importante. É dele o poder/dever de evitar injustiças, de analisar o caso concreto, ponderar valores, e até mitigar a aplicação do princípio da especialidade aplicando simultaneamente o disposto na Lei Especial e na norma processual afim de atingir o melhor interesse dos envolvidos.

A aplicação da lei de forma direta, sem análise de elementos mínimos do caso concreto, levando em consideração apenas o cumprimento ou não dos requisitos formais, é

⁴⁶BRASIL. op. cit., nota 2.

⁴⁷BRASIL. op. cit., nota 5.



capaz de prejudicar o acesso à justiça e afastar o cidadão comum do Judiciário. No atual cenário nacional, a participação dos magistrados analisando casos que envolvam prestação pecuniária, é importante, para que o “lesado” não seja ainda mais prejudicado, tendo que desembolsar valores que por vezes lhe são essenciais, para que somente ao final seja reembolsado por algo que sempre lhe pertenceu.

Assim, a tese defendida pelo autor é no sentido de haver uma atuação mais ativa do Judiciário, para que usando-se de uma boa hermenêutica jurídica e do conhecimento da realidade da sociedade atual, que é completamente diferente da realidade do Legislador da época, o magistrado possa prolatar decisões que mais atendem aos interesses do cidadão. A adoção de tais medidas, faria com que o cidadão comum confiasse mais na capacidade do Judiciário em resolver conflitos, sem impor dificuldades pecuniárias desnecessárias aos demandantes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *CNJ: Justiça em números*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. *Enunciado nº 419*. Disponível em: <<https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>> Acesso em: 16 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1207161*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13799666&num_registro=201001507792&data=20110218&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Portal do conhecimento*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/acao-cobranca.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.



CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CEZAR, Daihane. *As duras lições que aprendi com ação de despejo*. Disponível em: <<http://leidoinquilinatoapratica.com.br/as-licoes-acao-de-despejo/>>. Acesso em: 14 out. 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 10 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FRENTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A TEORIA DA DESLEGALIZAÇÃO

Francisco Costa Matias de Carvalho Filho

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo – As mudanças nas relações sociais e econômicas, características do século XXI, trouxeram necessidade de adequação da atividade normativa estatal. Nesse sentido vem a figura das agências reguladoras no Ordenamento Jurídico Brasileiro, trazem maior dinamismo para atividade regulatória Estatal: no exercício das execuções de leis, do poder de polícia, na resolução de lides dentro do setor técnico que atuam e edição de normas regulatórias deste. A essência do trabalho encontra-se em abordar os diversos questionamentos decorrentes deste ultimo, o poder normativo das agências reguladoras, sua validade, constitucionalidade e impacto socioeconômico.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Autarquias. Agências Reguladoras. Poder Regulatório. Deslegalização.

Sumário –Introdução. 1. As agências reguladoras frente a separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos. 2. A teoria da deslegalização como fundamento de validade ao exercício do poder de normativo. 3. A ADI nº 4874/DF e o impacto socioeconômico das agências reguladoras. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda os limites da atuação das agências reguladoras na edição de decretos regulatórios, tendo em vista o caráter técnico que exercem. Procura-se demonstrar que a delegação de atividades de regulamentação do Poder público para as agencias reguladoras é possível e necessária para a eficácia deste controle estatal no contexto atual das relações privadas, visto que são mais dinâmicas.

Para tanto, utiliza-se de larga doutrina, de discussões atuais do STF e da teoria da deslegalização que trazem o debate sobre a limitação da atuação das agências reguladoras a lume.

Analisa-se a atuação das agências sob o contexto do Brasil como Estado neoliberal, que tenta contrabalancear com os anteriores, ou seja, não é predominantemente prestador de serviços, nem um Estado liberal. Busca regular a economia por meio de intervenções indiretas: traz normas para a atividade privada, fiscaliza, sanciona e resolve os conflitos entre os particulares. Essa situação, no entanto, levanta questionamentos: Seria possível uma agência reguladora exercer o poder regulatório sem ferir o princípio da legalidade? A teoria

da deslegalização fundamenta tal atuação ou é insuficiente? Há necessidade prática desta atuação?

Para melhor elucidar o tema, o presente trabalho traz o debate da ADI nº 4874 como caso paradigma da matéria no Supremo Tribunal Federal, o qual trata da regulação feita pela ANVISA sobre os cigarros eletrônicos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a compatibilização do exercício do poder normativo das agências reguladoras com o princípio constitucional da separação dos poderes e com o sistema de freios e contrapesos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a aplicação da teoria da deslegalização como forma de dar autonomia as agências reguladoras, ou seja, a possibilidade do exercício do poder normativo ao seu limite técnico setorial.

O terceiro capítulo aborda o julgamento da ADI nº 4874/DF e o atual posicionamento da corte constitucional sobre o tema. Além disso, demonstra a importância da atuação das agências reguladoras na normatização dos serviços públicos concedidos e das atividades econômicas. Procura-se contextualizar a economia global e nacional e a evolução constante do setor privado em torno do mercado.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dialético, visto que o pesquisador apresenta posicionamentos doutrinários contrapostos sobre a possibilidade do exercício do poder normativo pelas agências reguladoras, bem como atual posicionamento jurisprudencial.

O tema será abordado de maneira qualitativa ao longo da pesquisa, em que o pesquisador trará a bibliografia pertinente, qual seja a doutrina, legislação e jurisprudência relacionados ao tema, e por fim, compatibiliza-los com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4874/DF.

1. AS AGÊNCIAS REGULADORAS FRENTE A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

As agências reguladoras tiveram sua origem no ordenamento jurídico dos Estados Unidos, ao final do século XIX. No entanto, foi somente após a Grande Depressão norte-americana que se pode notar sua aplicação prática como forma de recuperação da crise vivida.

Ou seja, o Estado norte-americano percebeu que necessitava de políticas socioeconômicas de intervenção para que o país se reerguesse, abandonando a ideia de que o próprio mercado se regularia autonomamente. Foi por meio das atuações governamentais

conhecidas como New Deal, apresentadas pelo presidente Franklin D. Roosevelt, que as agências reguladoras se estabeleceram administrativamente nos EUA.

A origem do instituto no Brasil se deu em um contexto socioeconômico oposto ao americano. Tal fenômeno ocorreu na década de 90, com a evolução da economia e a necessidade do Estado de um ajuste fiscal para evitar que gastasse menos do que ganhava, o Estado Social de Direito, que antes prevalecia, passa a reduzir as tarefas prestadas, dando espaço para o surgimento do Estado Neoliberal.

Breve análise histórica nos leva a fatos como a Emenda Constitucional 19/98¹, marco da reforma administrativa constitucional, e ao Programada Nacional de Desestatização, que transferiu para a iniciativa privada a aplicação de diversos serviços públicos essenciais.

As primeiras agências reguladoras criadas pelo ordenamento jurídico brasileiro foram: a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), decorrentes das leis 9427/96², 9472/97e 9478/97³, respectivamente. Fatores estes que demarcaram a transformação do Estado Brasileiro em um Estado regulador.

Sua natureza jurídica no ordenamento jurídico brasileiro é de autarquia de regime especial, ou seja, possui maior autonomia em relação as autarquias comuns frente ao Ente central. Este tratamento especial dado as agências reguladoras se fundamenta na sua despolitização e na celeridade necessária para a eficiente prestação da atividade regulatória.

Quanto ao exercício de sua atividade regulatória, ressalta-se brilhante explicação nas palavras de Joaquim Benedito Barbosa Gomes⁴:

As Atribuições e os Métodos de atuação das agências – Como tem-se afirmado, as agências norte-americanas são detentoras de funções «quase legislativas», «quase executivas» e «quase judiciais». Noutras palavras, a uma única agência podem ser outorgadas as mais diversas e importantes atividades estatais, tais como a edição de normas com força de lei e amplo e decisivo impacto sobre toda a sociedade; a condução de investigações de certas condutas irregulares e a conseqüente fixação de penalidades aos particulares responsáveis por essas condutas; e o julgamento de certos litígios inerentes à atividade objeto de regulação, dependendo da regulamentação específica de cada agência.

¹BRASIL. *Emenda Constitucional nº 19*, de 04 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm> Acesso em: 10 jun. 2019

²BRASIL. *Lei nº 9.427*, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427compilada.htm> Acesso em: 11 jun. 2019

³BRASIL. *Lei nº 9.478*, de 6 de agosto de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm> Acesso em: 11 jun. 2019

⁴ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Agências Reguladoras: A «Metamorfose» do estado e da democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)*. Mundo Jurídico, 2002. Disponível em: <<https://www.scribd.com/document/165200587/Agencia-Reguladora-Joaquim-Barbosa>> . Acesso em: 05 abr. 2019.

Na prática, as agências exercem as atividades dos três Poderes tradicionais. Quanto ao exercício da atividade regulatória em sua função executiva, ela exerce o mesmo papel das entidades administrativas tradicionais, ou seja, funções administrativas típicas do poder executivo como a execução das leis, e de outras atividades governamentais como exercício do poder de polícia.

Em sua função judicante, compete as agências reguladoras brasileiras a resolução de lides geradas entre agentes dentro do setor técnico que atuam. Não exerce propriamente a função jurisdicional, visto que suas decisões não possuem força definitiva.

Quanto a função legislativa, que apresenta a polêmica cerne deste trabalho, elas editam normas regulatórias do setor técnico que atuam. Tais normas têm força vinculatória tanto para os agentes econômicos, quanto para os usuários do serviço, objetivando o equilíbrio entre estes.

Desta amálgama de funções atribuídas à atividade regulatória das agências reguladoras, surge um questionamento sobre como se enquadrariam agências reguladoras frente a separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos.

A autonomia das agências não é absoluta, desta forma, deverá sim sofrer algum controle em respeito ao próprio Estado Democrático de Direito. Este controle é exercido tanto pelo Poder Executivo, quanto pelo Poder Legislativo visto que a matéria a ser regulamentada pelas agências não se esvazia por todo do seu conteúdo político e é neste espaço restante que a atuação dos representantes eleitos deve ocorrer.

O controle realizado pelo poder executivo é realizado pela imposição de metas e diretrizes para a atuação das agências reguladoras, que não perdem sua autonomia técnica, mas as observam em conformidade com as diretrizes previamente estabelecidas pelo Poder executivo.

Conforme ensinamento de Alexandre Santos de Aragão⁵, tal controle não somente se compatibiliza com autonomia das agências reguladoras, como também integram seu próprio conceito. O autor explica que não se poderia presumir que um órgão ou ente descentralizado, por mais autônomo que fosse, não estivesse em consonância com a Administração pública.

Ou seja, essa autonomia não desvincula as agências reguladora dos planos e diretrizes gerais da Administração Pública. Nesse sentido, também explica que se protegeria a autonomia das agências reguladoras limitando este controle ao cumprimento destas diretrizes,

⁵ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 355 e 357.



sendo forma de subordinação não-hierárquica tão somente. Explica que é a existência deste controle que as configura como integrantes da Administração Pública Indireta, descentralizada.

Em relação ao controle por parte do Poder Legislativo, a constituição traz o instituto do “veto legislativo”, previsto em seu artigo 49, V da CRFB/88⁶. Que permite, excepcionalmente, que o congresso possa suspender a eficácia dos atos regulatórios que extrapolem os limites legais.

Marçal Justen Filho⁷ entende que o controle parlamentar é ilimitado, podendo abranger tanto a atividade da agência, mesmo as previstas para serem realizadas futuramente, quanto o processo administrativo que precede a atividade regulatória da agência. Explica que há ressaltavas para atividades sigilosas em decorrência da matéria, mas que não há limitação quanto a possibilidade de requerer informações sobre a justificativas técnicas para as decisões tomadas pelas agências.

Ainda é de grande importância destacar o entendimento de Gustavo Binembonj⁸, no sentido de que as diretrizes e metas mínimas estabelecidas na lei também norteiam um possível controle jurisdicional, que poderia ser provocado por eventuais interessados. Reforça que os controles exercidos pelos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo são de suma importância para resolver a problemática das agências reguladoras frente a separação dos poderes, dando forma ao sistema de freios e contrapesos nesta hipótese.

Portanto, entender que as agências reguladoras são entes autônomos não põe em xeque o princípio constitucional da separação dos poderes. Haja visto que conforme já explicitado, a própria autonomia presume alguma forma de controle, o qual seria a vigilância do cumprimento de suas diretrizes e metas pré-estabelecidas. Assim, tal desmitifica-se a falsa impressão de inexistência de controle pelo sistema de freios e contrapesos das agências reguladoras.

⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 08 mai. 2019.

⁷FILHO, MarçalJusten. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. Rio de Janeiro: Dialética, 2002, p. 588.

⁸BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 292.

2. A TEORIA DA DESLEGALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE AO EXERCÍCIO DO PODER DE NORMATIVO

Em decorrência do regime jurídico especial, dado as agências reguladoras, em especial do poder normativo por elas exercido, surge o questionamento acerca da compatibilidade desta atuação com o princípio constitucional da Legalidade: Seria possível decreto autônomo editados pelas agências reguladoras criar direitos e obrigações?

A matéria não é pacífica na doutrina brasileira e, dentre os diversos posicionamentos atuais sobre a matéria, é indiscutível a relevância da Teoria da Deslegalização, também conhecida como Teoria de Deslegificação, tanto para os que apóiam, ou não, a possibilidade de as agências reguladoras exercerem o poder normativo.

A origem desta teoria deriva do direito europeu, em destaque aos direitos espanhol⁹ e italiano, que a descreve como a “transferência da disciplina de determinadas matérias ou atividades da esfera legislativa para a regulamentar do Governo”¹⁰.

Dessa maneira, importou-se tal teoria para o Direito Brasileiro, o qual melhor se exprime nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹¹ como “a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l’ordonnance*)”

Ora, como base desta teoria se encontra o fenômeno da degradação normativa, originário do direito espanhol, o qual explica a ocorrência de rebaixamento da matéria hierarquicamente, ou seja, pela máxima “quem pode mais, pode menos” não haveria impedimento para que o legislador, que tem capacidade de revogar leis, determine o rebaixamento do grau hierárquico da matéria, mantendo em vigor legislação posterior até o momento da edição de decreto autônomo pela agência reguladora.

A legislação que determinou que certa matéria seria tratada por uma agência reguladora, ao rebaixa-la hierarquicamente, não revogaria automaticamente os dispositivos anteriores sobre o tema, mas os deixaria em vigor até que a agência reguladora editasse regulamento sobre a matéria. Neste sentido, temos o autor Alexandre Santos Aragão¹²:

⁹ENTERRÍA, EduardoGarcíade. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1998. P. 220.

¹⁰ VERGOTTINI, Giuseppe. *A “Deslegificação” e sua Incidência no Sistema das Fontes do Direito* (tradução de Fernando Aurélio Zilveti), in *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, 1999, p. 166.

¹¹ MOREIRA NETO, DiogoFigueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 123-128.

¹²ARAGÃO, op. cit. p. 422-423.

[...] Não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico? Por que teria que, direta e imediatamente revoga-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, ao critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?

A constitucionalidade de poder normativo não é irrestrita, ora, o exercício do poder normativo pelas agências reguladoras é aquele limitado ao caráter técnico e aos parâmetros da lei que estabelece as suas atribuições, além do respeito a juridicidade.

O fundamento de validade dos decretos autônomos, em que pese a palavra, são intrinsecamente vinculados a lei instituidora da agência reguladora, que delimita o âmbito de atuação desta entidade e representa a vontade do legislador para tal. Neste sentido, defendem autores como José dos Santos Carvalho Filho¹³, Alexandre Santos Aragão, Marcos Juruena Villela Souto¹⁴, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Carvalho Rezende Oliveira.

Vale observar também os limites constitucionais para a aplicação da deslegalização, quais sejam: Os casos onde existe reserva legislativa específica, como no art. 5º, VI, VII e VIII e XII da CRFB/88¹⁵; as matérias reservadas para lei complementar, visto que é forma de reserva legislativa específica e as matérias que exigem legislação de caráter geral (art. 24, §§1º e 2º da CRFB)¹⁶ visto que os entes federativos atuam concorrentemente sobre elas, conforme ensina Diogo de Figueiredo.¹⁷

Quanto existência de conflito entre lei anterior e o decreto regulatório, existe posicionamento pela prevalência da lei anterior, que alega a incompetência das agências para editar tais atos, bem como a prevalência da lei sobre atos de agências. Autores como Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁸ e Gustavo Binbenbom¹⁹ defendem esta posição, mas este não é o entendimento mais adequado.

Conforme já dito, não se discute a primazia da lei sobre os atos, isso é incontestável. No entanto, é a própria lei de criação das agências reguladoras que gera o efeito da

¹³CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p. 437.

¹⁴SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁵BRASIL, op. cit. nota 7

¹⁶Ibidem.

¹⁷MOREIRANETO, op. cit., p. 170.

¹⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 277-278.

¹⁹BINENBOJM, op. cit., p.156.

“deslegalização” da matéria. Ou seja, conforme os ensinamentos de Rafael Oliveira²⁰: “[...] a lei deslegalizadora, no momento inicial, não possui conteúdo normativo suficiente para conflitar com a legislação pretérita. Assim como ocorre com as “leis penais em branco”, o conteúdo da lei será complementado por atos administrativos.”

Desta maneira, ao editar o ato regulatório, a agência reguladora não está revogando por si a legislação anterior, está tão somente preenchendo a lacuna deixada pela “lei administrativa em branco”, ou seja, dando efetividade a ela.

A doutrina também não é pacífica quanto a prevalência dos atos normativos das agências sobre os atos regulamentares presidenciais. Vale destacar o acertado entendimento do professor Rafael Oliveira²¹ que diferencia o poder regulamentar do poder regulatório. O primeiro seria aquele de competência do chefe do Poder Executivo (art. 84, IV, da CRFB)²², de natureza política e usado para assegurar o fiel cumprimento da lei. Já o segundo é aquele estudado neste trabalho de pesquisa, de competência dos entes administrativos, se limita ao conteúdo técnico da matéria e abrange o exercício das atividades normativas, executivas e judicantes da entidade administrativas.

Desta forma, como ato normativo da agência possui caráter técnico e setorial, com base no art. 174 da CRFB/88²³, prevaleceria sua aplicação sobre o regulamento presidencial, que pelo art. 84, IV da CRFB²⁴, possui conteúdo político genérico pelo princípio da especialidade. Neste sentido, Gustavo Binenbojme Rafael Oliveira.

3. A ADI Nº 4874/DF E O IMPACTO SOCIOECONÔMICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A ADI nº 4874/DF²⁵, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria discute se há inconstitucionalidade no art. 7º, XV da lei 9.782/99²⁶ e por consequência a Resolução 14/2012 da ANVISA²⁷, que proíbe a comercialização de cigarros eletrônicos aromatizados e

²⁰OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 263

²¹Ibidem.

²²BRASIL, op. cit. nota 7.

²³Ibidem

²⁴Ibidem.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4874*. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo889.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2019

²⁶ 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: 30 jun. 2019

²⁷BRASIL. *Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 14*, de 15 de março de 2012. Disponível em <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2012/rdc0014_15_03_2012.pdf> Acesso em: 30 jun. 2019

saborizados. Neste julgado o STF analisou a constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras, julgando favoravelmente a elas.

A CNI defendeu que tal norma permitiria que ANVISA proibisse de maneira geral, a fabricação de produtos e insumos que se submetessem ao crivo da fiscalização sanitária, sendo tal norma uma “delegação legislativa em branco” para a agência reguladora, que ao seu entender seria vedado no ordenamento jurídico brasileiro. Pleiteou que se fixasse interpretação conforme a constituição, sem redução de texto, para que fosse fixado o seguinte entendimento²⁸:

A ANVISA só poderá banir produto ou insumo no exercício de suas competências estritamente executivas de polícia, de natureza cautelar e excepcional, o que implica dizer deva o ato da Agência: (i) ser direcionado a sujeitos e situações determinadas, (ii) em situações concretas, (iii) mediante prévia justificação técnica que comprove, (iv) um risco à saúde que seja extraordinário, excepcional e urgente

Atacou também o conteúdo da RDC 14/2012 da ANVISA²⁹, ao alegar que a proibição genérica de aditivos implicaria na vedação da comercialização de quase todos os cigarros que hoje estão à venda, visto que qualquer composto diferente de tabaco ou água pode ser considerado como aditivo. Alega também que cigarros saborizados apresentam apenas 2% da venda nacional, mas que tal proibição por sua generalidade, afetaria toda a cadeia de produção de fumo nacional.

Quanto ao art. 7º, XV e III, da Lei nº 9.782/1999³⁰, a Corte Constitucional não encontrou a polissemia ora alegada que justificaria o uso da técnica da interpretação conforme a constituição. Ou seja, não haveria nestes dispositivos a retirada de competência normativa para proibir insumos em caráter geral capaz de gravar de inconstitucionalidade o dispositivo.

O plenário do STF no julgamento da ADI 4874³¹ concluiu que:

O Plenário registrou que o advento das agências reguladoras setoriais representa inegável aperfeiçoamento da arquitetura institucional do Estado de Direito contemporâneo no sentido do oferecimento de uma resposta da Administração Pública para fazer frente à complexidade das relações sociais verificadas na modernidade. A exigência de agilidade e flexibilidade cada vez maiores do Estado diante das ininterruptas demandas econômicas e sociais que lhe são direcionadas levou à emergência de estruturas administrativas relativamente autônomas e independentes — as chamadas agências — dotadas de mecanismos aptos e eficazes para a regulação de setores específicos, o que inclui a competência para editar atos qualificados como normativos. Nesse contexto, o escopo do modelo regulatório adotado no Brasil não se reduz à regulação concorrencial, não se limitando à

²⁸BRASIL, op. cit. nota 26.

²⁹BRASIL, op. cit. nota 28.

³⁰BRASIL, op. cit. nota 27.

³¹BRASIL, op. cit. nota 26.

correção das chamadas “falhas de mercado”. Pelo contrário, incorpora também instrumentos necessários para o atingimento de objetivos gerais de interesse público: regulação social, e não apenas econômica.

A corte constitucional destaca que a ANVISA, como agência reguladora, possui em grande parte das suas funções regulatórias a disciplina de atividades exercidas de forma privada. Ou seja, não deve se limitar a sua atuação quanto a delimitação das normas de concorrência e de prestação de serviço público. O exercício do poder de polícia por parte da ANVISA se dá tanto pelos atos específicos de vigilância, quanto pela edição de normas abstratas que vinculam toda a coletividade.

A administração, dessa forma, ao editar tais normas gerais regulamentares, quando tratam de direitos e deveres dos administrados, atua no limite estabelecido pela lei. Ou seja, não a atuação da ANVISA na regulamentação sanitária é ampla, nem inferior nem exterior ao previsto na legislação, mas sim limitada ao conteúdo previsto nesta.

Ressalta, porém, que em que pese a ANVISA tenha autonomia normativa, não deve criar as políticas nacionais de vigilância sanitária, somente implementá-las. Conforme sustentado ao longo deste trabalho, o STF aqui confirmou o caráter técnico que restringe a atividade regulatória, afastando do escopo das agências reguladoras dar teor político a suas decisões, visto que somente podem implementar políticas públicas já propostas pelo governo.

Quanto à inconstitucionalidade do RDC nº 14/12³², em que pese o STF não a tenha declarado, visto que houve empate na decisão, o resultado não gerou o efeito *erga omnes*. Isto porque existe presunção de legitimidade para o ato normativo, necessitando do quórum da maioria dos votos para declarar sua inconstitucionalidade.

No entanto, o fato da constitucionalidade ser declarada por empate não impede que outras ações judiciais sejam ingressadas na primeira instância, pela possibilidade de comercialização de cigarros eletrônicos.

Além da importância da decisão em relação ao poder normativo das agências reguladoras, o STF trouxe ao debate o impacto socioeconômico da atuação das agências reguladoras no mercado. O plenário apontou a agências reguladoras representam “inegável aperfeiçoamento da arquitetura institucional do Estado de Direito contemporâneo no sentido do oferecimento de uma resposta da Administração Pública para fazer frente à complexidade das relações sociais verificadas na modernidade.”³³.

Ou seja, a dinâmica característica do século XXI, que em muito permite o rápido avanço das relações sociais e econômicas, também exige da administração pública resposta na

³²BRASIL, op. cit. nota 28.

³³BRASIL, op. cit. nota 26.



mesma velocidade. É neste momento que entram as agências reguladoras, que, em contrapartida a morosidade do poder legislativo, melhor respondem as demandas de regulação.

Impende destacar a brilhante colocação de Gustavo Binenbojm ao citar as lições do professor Felice Giuffrè³⁴:

admitir que a atribuição de funções de regulação e decisão, a serem exercidas através do exercício conjunto de competências normativas, executivas e contenciosas, a órgãos postos em uma posição, mais ou menos intensa de distância ou separação do poder político-partidário, e caracterizados por uma elevada especialização no respectivo setor, demonstra como o ‘mandato em branco’ conferido pelo Parlamento a outros centros de competência normativa representa a afirmação da incapacidade do legislador em dominar, por si próprio, o complexo cada vez menos decifrável dos interesses sociais.

Verifica-se, desta maneira, que o legislativo opta por rebaixar hierarquicamente a matéria por compreender que não possui o conhecimento técnico adequado para normatizar alguns setores. Tal declaração não pode ser interpretada de forma negativa, muito menos como forma de degradar a competência do legislativo.

Feita esta ressalva, é importante destacar a necessidade de equilibrar o conteúdo político e técnico a depender da matéria a ser normatizada. Ou seja, o reconhecimento dos poderes representativos de sua falta de conhecimento técnico deve existir na mesma medida que uma agência reguladora não deve se limitar a implementação técnicas de políticas públicas, sem que criem-nas por conta própria.

Sobre o tema da teoria da deslegalização e do impacto sócio econômico, vale destacar o questionamento de Marco Aurélio Grego, apontado por Binenbojm³⁵:

será que numa interpretação do direito positivo nós não deveríamos interpretar legalidade com eficiência, e, óbvio, eficiência com legalidade? Mas em que a legalidade deixa de ser um desenho formal para ser um instrumento funcional de obtenção de resultados, de atingimento de objetivos? E talvez dentro deste contexto e a partir deste desenho é que nasceriam essas agências, com reflexos, automaticamente, no seu poder regulamentar, que em certa medida, acredito que até extravasa a figura do regulamento clássico.

Mesmo para quem não defende a possibilidade de deslegiferação pela via legislativa, há de se reconhecer que a própria Constituição a fez em diversas matérias para entidades estatais e não estatais, como por exemplo nos art. 217,I³⁶ – em relação a entidades desportivas privadas – no art. 21,XI³⁷ – quanto aos órgão que regulam a prestação do serviço

³⁴BINENBOJM, op. cit.. p. 187.

³⁵Ibidem

³⁶BRASIL, op. cit. nota 7.

³⁷Ibidem.

de telecomunicações – no art. 177, §2º, III ³⁸ – em relação a atividade de exploração do petróleo e também no art. 207 ³⁹ – quanto ao ensino superior nacional.

Portanto, não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro a existência de poder normativo fora do Poder Legislativo, estabelecidos constitucionalmente por entidades que melhor atenderiam a demanda, sem desprezar os limites próprios da constituição, em destaque para aqueles referentes a Administração Pública, além do controle político exercido pelo Poder Legislativo.

CONCLUSÃO

Foi constatado nesta pesquisa a existência de conflito na doutrina brasileira acerca da constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras, discute-se a compatibilidade desta atuação com diversos setores: Com a Separação dos Poderes, com o princípio da legalidade e ainda qual o impacto socioeconômico do poder normativo das agências reguladoras.

Por um lado, há doutrina que defende a ilegalidade do exercício de poder normativo pelas agências reguladoras, ou seja, que havendo lei anterior divergente do decreto regulatório da agência reguladora, aquela prevaleceria sobre esta. No entanto, não se duvida da prevalência de leis sobre decretos, e isso não é questionado pela doutrina contrária. Ocorre que a Teoria da Deslegalização, sustentada corretamente pela Doutrina contrária, não nega a hierarquia das leis sobre os Decretos.

Em decorrência do exposto ao longo desta pesquisa, ficou claro que a teoria da deslegalização baliza a legalidade dos decretos frente a lei anterior em sentido contrário, haja vista que demonstra que a legalidade deste se extrai diretamente da lei criadora da agência, ou seja, o ato não se valida por si mesmo.

Na prática, o trabalho trouxe a recentíssima decisão do Supremo Tribunal Federal no caso da ADI nº 4874/DF, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, acerca da proibição da comercialização de cigarros eletrônicos aromatizados e saborizados por via de decreto regulatório.

Este pesquisador concluiu pela compatibilidade entre o exercício do poder normativo pelas agências reguladoras e a separação dos poderes como princípio constitucional. Destaca que o controle político realizado pelo poder executivo, através da imposição de diretrizes e

³⁸Ibidem.

³⁹Ibidem.

metas e o controle do poder Legislativo, realizado por meio do veto legislativo são parte do sistema de freios e contrapesos direcionado as agências reguladoras.

Quanto a validade do Poder Normativo exercido pelas agências reguladoras, desenvolveu-se este tema ao longo do segundo capítulo. Neste sentido, vem a teoria da Deslegalização, que aponta a lei instituidora da agencia reguladora como o fundamento de validade dos decretos autônomos editados por ela. Vejamos, é destacado que este poder normativo não é irrestrito, pois se limita ao caráter técnico presente na lei criadora da agência reguladora, bem como a juridicidade.

Por fim, em que pese reconhecer que há controvérsia sobre o tema, este pesquisador entende como positiva a deslegiferação em relação ao impacto sócio econômico do exercício do poder legislativo. Seja por que melhor acompanha as evoluções nas relações econômicas e sociais, que necessitam de respostas rápidas que a Administração Pública, sem auxílio das agências reguladoras, não poderia prover. Quanto pelo reconhecimento do próprio poder legislativo de que não possui o conhecimento técnico necessário para tratar de certos temas.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 08 mai. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 19*, de 04 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm> Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. *Lei nº 9.427*, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427compilada.htm> Acesso em: 11 jun. 2019.

_____. *Lei nº 9.472*, de 16 de julho de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm> Acesso em: 11 jun. 2019.

_____. *Lei nº 9.478*, de 6 de agosto de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm> Acesso em: 11 jun. 2019.

_____. *Lei nº 9.782*, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm> Acesso em: 30 jun. 2019.

_____. *Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 14*, de 15 de março de 2012. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2012/rdc0014_15_03_2012.pdf> Acesso em: 30 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4874*. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo889.htm>>. Acesso em: 30 de jun. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011.

GARCÍA, Eduardode Enterría. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. 3 ed. Madrid: Civitas, 1998.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Agências Reguladoras: A «Metamorfose» do estado e da democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)*. Mundo Jurídico, 2002. Disponível em: <<https://www.scribd.com/document/165200587/Agencia-Reguladora-Joaquim-Barbosa>> . Acesso em: 05 abr. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. Rio de Janeiro: Dialética, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

SOUTO, Marcos Jurena Villela. *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *A “Deslegifcação” e sua Incidência no Sistema das Fontes do Direito* (tradução de Fernando Aurélio Zilveti), in *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, 1999.



ANÁLISE SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DA RESCISÃO DA COISA JULGADA EM
RAZÃO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Gabriel Cunha Dutra

Graduado pela Universidade Federal Fluminense.
Advogado.

Resumo – O presente trabalho tem por escopo refletir sobre uma inovação aduzida pelo atual Código de Processo Civil que, ao pretender conferir maior efetividade à declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade abstrato, gerou como efeito colateral a violação à intangibilidade da coisa julgada, uma garantia fundamental prevista na Constituição Federal.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Ação rescisória. Coisa julgada inconstitucional superveniente. Princípio da segurança jurídica. Intangibilidade da coisa julgada.

Sumário – Introdução. 1. A nova hipótese de rescisão da coisa julgada. 2. A inaplicabilidade da retroatividade do *ius superveniens* como fundamento da ação rescisória. 3. A inconstitucionalidade do tratamento atribuído à coisa julgada inconstitucional superveniente no CPC/2015. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 aduziu ao ordenamento jurídico brasileiro uma nova hipótese de ação rescisória. Trata-se da desconstituição da coisa julgada superveniente, criada em um contexto de homogeneização do tratamento atribuído aos dois tipos de controle de constitucionalidade: concentrado e difuso, e de valorização do precedente.

O presente artigo faz uma abordagem crítica dessa nova hipótese de desconstituição da coisa julgada, discutindo a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Busca-se demonstrar os princípios constitucionais que a relativização da coisa julgada no grau que o novo CPC pretende impor pode violar.

Para tanto, abordam-se orientações doutrinárias e aplicações concretas pelo Poder Judiciário a respeito do tema de modo a conseguir obter indícios de como esse novo instituto jurídico deve ser recepcionado pela doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro capítulo define a coisa julgada material, diferenciando da coisa julgada formal. Na sequência, apresenta e explica os três elementos que diferenciam as tradicionais hipóteses de ação rescisória dessa nova hipótese trazida pelo novo CPC, os quais consistem na natureza da norma jurídica violada; assimetria temporal entre a decisão rescindenda e o paradigma de controle; e o termo *a quo* de contagem do prazo para a rescisão.

Seguindo, o segundo capítulo demonstra de que modo a retroeficácia das decisões de controle de constitucionalidade realizadas pelo Supremo Tribunal Federal equivale a conferir eficácia retroativa de uma nova norma. Apresenta igualmente uma visão doutrinária à qual o presente artigo não se filia, a qual fixa parâmetros para aplicação retroativa das decisões do STF.

Por sua vez, o terceiro capítulo posiciona o artigo a favor do entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, demonstrando que o novo regime da coisa julgada inconstitucional superveniente viola direitos constitucionais fundamentais, em especial os princípios da intangibilidade da coisa julgada da segurança jurídica.

O método usado para o desenvolvimento da pesquisa será o hipotético-dedutivo, a fim de apresentar proposições hipotéticas, possibilitando uma análise do objeto de pesquisa para ao final decidir se ocorre a aprovação das questões suscitadas ou a rejeição, ambas de forma argumentativa.

Por fim, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, visto vez que o pesquisador se vale de bibliografia pertinente à temática, analisada e fichada na fase exploratória de pesquisa com a finalidade de sustentar sua tese.

1. A NOVA HIPÓTESE DE RESCISÃO DA COISA JULGADA

A coisa julgada consiste em instituto jurídico de direito processual e constitucional, arrolado como cláusula pétreia no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal¹: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Possui como objetivo a garantia do caráter duradouro e, até mesmo, imutável, da decisão judicial, conferindo assim estabilidade, segurança e previsibilidade às relações jurídicas e sociais.²

Para Liebman, a *res iudicata* “é uma qualidade que se agrega aos efeitos da sentença”. Essa qualidade consiste na capacidade de a sentença tornar-se imutável, razoavelmente estável ou consideravelmente duradoura.³

A doutrina tradicional brasileira sempre diferenciou dois conceitos: coisa julgada formal e material. Para Dinamarco⁴, a primeira consiste no impedimento de modificação da

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 jun. 2019.

² SILVA, Daniel André Magalhães da. *A inconstitucionalidade do tratamento dado à coisa julgada inconstitucional no CPC/2015*. Salvador: Juspodvm, 2018, p. 28.

³ LIEBMAN apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada. Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.20.

decisão por qualquer meio processual dentro do processo em que foi proferida. Dessa forma, independentemente da espécie de sentença – terminativa ou definitiva – proferida em qualquer espécie de processo (conhecimento, execução, cautelar), em algum momento, haverá o trânsito em julgado e, conseqüentemente, a coisa julgada formal.

Enquanto a coisa julgada formal limita-se a gerar efeitos meramente endoprocessuais, a coisa julgada material opera efeitos pamprocessuais, tornando imutável e indiscutível em qualquer processo o dispositivo da sentença de cognição exauriente de mérito transitada em julgado. Assim, a principal característica da coisa julgada material seria a intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas.⁵

Segundo Fredie Didier⁶, para a caracterização da coisa julgada material, é necessária a ocorrência de quatro pressupostos: a) decisão jurisdicional; b) de mérito; c) com cognição exauriente; e d) formação da preclusão máxima.

Em relação ao primeiro requisito, cumpre salientar que não se revela possível que outros atos estatais além dos jurisdicionais, como, por exemplo, os atos administrativos ou normativos, possam transitar em julgado.

Quanto ao segundo pressuposto, refere-se ao fato de que apenas as decisões de mérito, isto é, aquelas em que o magistrado resolve a lide e profere decisão sobre o objeto litigioso estão aptas a ficarem imunes sob o manto da coisa julgada material.⁷

O terceiro requisito, relativo à cognição exauriente, consiste em oportunizar à defesa a ampla defesa e o contraditório, para que o juiz da causa possa analisar de forma detida os autos, emitindo seu juízo de valor acerca da demanda.⁸

Finalmente, o último requisito consiste na formação da coisa julgada formal, isto é, a preclusão máxima, prelúdio necessário para que se atinja a coisa julgada material.⁹

Conforme afirma André Dias Fernandes¹⁰, se nem mesmo o legislador pode alterar o núcleo essencial da garantia da coisa julgada, haveria ainda mais razão para impedir que o legislador infraconstitucional, bem como o Poder Judiciário também o violassem. Ainda segundo o doutrinador, a norma contida no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal ostenta a

⁴ DINAMARCO apud NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvm, 2017, p. 877.

⁵ SILVA, op. cit., p. 30

⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2008, p. 554.

⁷ SILVA, op. cit., p. 31.

⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 260.

⁹ DIDIER JR., BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., 15. ed., 2008, p. 421-423.

¹⁰ FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro*. Salvador: Juspodvm, 2018, p. 282-283.

estrutura e a natureza de norma-regra constitucional, aplicável mediante subsunção. Ou seja, diferentemente dos princípios, os quais constituem mandados de otimização, não caberia nesse caso a aplicação do instituto da ponderação, afastando a sua incidência em favor de um princípio de maior relevância à luz do caso concreto.

A despeito das considerações acima expostas, o art. 525, § 15 do Código de Processo Civil de 2015¹¹ apresenta nova hipótese de rescisão da coisa julgada¹² com potencial de solapar o núcleo essencial da intangibilidade da coisa julgada. Para defender essa idéia, Marcelo Barbi Gonçalves¹³ apresenta os três elementos de distinção entre esse dispositivo e aquele contido no art. 966, V do CPC¹⁴, o qual admite o ajuizamento da ação rescisória na hipótese de manifesta violação a norma jurídica. As diferenças são as seguintes: a) natureza da norma jurídica violada; b) assimetria temporal entre a decisão rescindenda e o paradigma de controle; e c) o termo a quo de contagem do prazo para a rescisão.

A primeira diferença se refere ao fato de que, enquanto na norma contida no art. 966, V do CPC, a norma jurídica violada possa ter natureza legislativa, costumeira ou jurisprudencial, na hipótese contida no art. 525, § 15 do CPC¹⁵, o parâmetro de controle é apenas o direito jurisprudencial constitucional originado no STF. Assim, será admitida a rescisão quando houver violação de norma jurídica expressa em declaração de inconstitucionalidade, interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto¹⁶.

A segunda diferença se refere à correlação temporal entre o momento de formação da coisa julgada e o de criação da norma jurídica violada. No caso da nova hipótese de rescisão, a decisão da Corte Suprema será necessariamente superveniente ao trânsito em julgado da decisão exequenda. Já na hipótese prevista no art. 966, V¹⁷, em função do princípio da

¹¹ BRASIL. *Código de processo civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 4 jun. 2019.

¹² É importante esclarecer que há corrente doutrinária em sentido contrário. Para Eduardo Talamini, o art. 525, § 15 do CPC não estabelece um fundamento rescisório novo em relação ao elenco previsto no art. 966, mas apenas uma regra especial de prazo rescisório. Entende o doutrinador que nesse caso a ação será fundada em violação manifesta de norma jurídica (art. 966, V do CPC), em função da má aplicação de norma constitucional pela decisão exequenda, considerando a interpretação posterior adotada pelo STF (TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento do título executivo inconstitucional e a regra especial sobre prazo de ação rescisória). In: DIDIER JR, Freddie; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodvm, 2018, p. 381).

¹³ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Diretivas para a rescisão da coisa julgada face à posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: arts. 525, § 15 e 535, § 8º, CPC. In: *Ibid*, p. 352.

¹⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 11.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 352.

¹⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 11.

irretroatividade do direito, sob pena de violação à segurança jurídica, a violação manifesta à norma jurídica deve ser contemporânea à formação da coisa julgada¹⁸.

A última diferença entre os dispositivos diz respeito ao termo inicial para contagem do prazo para o exercício da ação rescisória. Enquanto que no caso do art. 966, V, o prazo decadencial será contado a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo; na hipótese aduzida pelo art. 525, § 15 do CPC¹⁹, o prazo decadencial começa a correr a partir do trânsito em julgado da decisão prolatada pelo STF.²⁰

O termo a quo do prazo decadencial da ação rescisória nesta hipótese é a principal fonte de críticas da doutrina, pois acaba por criar uma coisa julgada sujeita a condição resolutiva. A decisão somente vigoraria se e enquanto não sobreviesse decisão declaratória de inconstitucionalidade prolatada pelo STF²¹.

É relevante esclarecer os limites de aplicabilidade dessa ação rescisória. Conforme explica Eduardo Talamini²², prazo é contado a partir do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF apenas para impugnar os capítulos da decisão rescindenda condenatórios, mandamentais ou executivos ainda não cumpridos espontaneamente nem executados. No caso dos capítulos decisórios declaratórios e constitutivos, os quais produzem seus efeitos imediatamente, anteriores ao pronunciamento do STF, a contagem do prazo para ajuizamento da rescisória segue a regra geral do art. 975 do CPC²³. Isto é, dois anos contados a partir da última decisão proferida no processo, e não a partir do trânsito em julgado da decisão do STF.

Essa distinção está implícita no CPC e em harmonia com a Constituição Federal, uma vez que desfazer decisões cujos efeitos já foram produzidos geraria enormes transtornos para a ordem jurídica, bem como sacrifícios severos para as partes. Conforme interpretação literal do dispositivo: “decisão exequianda” (art. 525, § 15 do CPC)²⁴, isto é, decisão condenatória, mandamental ou executiva que ainda precisa ser executada, a rescisão aqui tratada refere-se somente às decisões que ainda não produziram seus efeitos, na ocasião do surgimento da decisão da Corte Constitucional²⁵.

¹⁸ GONÇALVES, op. cit., p. 353.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 11.

²⁰ GONÇALVES, op. Cit., p. 354.

²¹ FERNANDES, op. cit., p. 279.

²² TALAMINI, op. cit., p. 378-379.

²³ BRASIL, op. cit., nota 11.

²⁴ Ibidem.

²⁵ TALAMINI, op. cit., p. 380.

2. A INAPLICABILIDADE DA RETROATIVIDADE DO IUS SUPERVEINENS COMO FUNDAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

Constitui fato irrefutável que a interpretação sobre a constitucionalidade de uma norma levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal deve prevalecer, devendo os demais juízes a render homenagens a ela. Não haveria nenhuma racionalidade no controle difuso se os demais órgãos judiciais não estivessem vinculados aos pronunciamentos do STF sobre matéria constitucional. Assim, se é verdade que todo e qualquer juiz possui o dever-poder de controlar a constitucionalidade, é também inegável que esse poder somente será exercido de forma racional quando submetido ao entendimento do STF.

Tal conclusão, todavia, conforme afirma Luiz Guilherme Marinoni²⁶, não pode significar que o STF deva se impor sobre as demais interpretações judiciais pretéritas, operando a destruição ou a nulificação de decisões já transitadas em julgado. Contudo, o STF, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 328.812²⁷, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sob o argumento de que as questões submetidas ao controle difuso da constitucionalidade demoram muito tempo para serem discutidas na Corte, quando já transitaram em julgado no juízo ordinário, afirmou a retroatividade dos seus pronunciamentos, tomados em sede de controle difuso, sobre a coisa julgada.

Visando à adoção de um meio-termo entre, de um lado, a plena retroeficácia da decisão de inconstitucionalidade prolatada pelo Supremo Tribunal Federal sobre os comandos sentenciados transitados em julgado e, de outro, a intangibilidade absoluta da coisa julgada, Marcelo Barbi Gonçalves²⁸ pretende estabelecer critérios para aplicação dos artigos 525, § 15 e 535, § 8º do Código de Processo Civil.²⁹

Inicialmente, o respeitado processualista faz uma diferenciação entre duas situações distintas, as quais gerariam conseqüências igualmente distintas. Na primeira delas, o jurisdicionado, no momento em que recebe a tutela jurisdicional, confia na correção do procedimento realizado e na conseqüente certificação incidente sobre o bem jurídico controvertido. Nesse caso, após o desenvolvimento dos atos processuais com probidade, boa-

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 285.

²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, *ED no RE nº 328.812*, Dj 02/05/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=5_24429>. Acesso em; 10 out. 2019.

²⁸ GONÇALVES, op. cit., p. 360. In: DIDIER JR, op. cit., 2018.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 11.

fé e lealdade, com fundamento no modelo de cooperação processual, os litigantes confiam na estabilidade do comando decisório.

Na segunda delas, Barbi³⁰ descreve uma hipótese em que o jurisdicionado, no momento de recebimento da prestação jurisdicional, já sabe de antemão que a decisão se encontra em colisão com a doutrina majoritária, o direito jurisprudencial proferido pelos tribunais de segundo grau, bem como com manifestações em *obter dictum* da Corte Superior, entre outros casos. Nessa hipótese, não haveria, para o autor, que se falar em tutela da boa-fé processual ou da legítima expectativa de imutabilidade do comando sentencial, razão pela qual seria necessária a calibragem dos variados estados de confiança gerados pela coisa julgada ante a superveniência da decisão de inconstitucionalidade.

Barbi³¹ propõe a realização de um juízo de ponderação entre, de um lado, a coisa julgada, cujos corolários são o princípio da segurança jurídica, boa-fé objetiva e proteção da confiança; e do outro, a retroeficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal, cujos princípios que lhe servem de esteio são a igualdade perante a lei e a constitucionalidade dos atos estatais. Para o autor, o princípio prevalente dependerá da análise dos seguintes critérios no caso concreto: grau hierárquico dos tribunais que editaram os precedentes persuasivos; consistência da *ratio decidendi* com a ordem jurídica globalmente considerada; existência de *obter dictum* dos Tribunais Superiores em sentido contrário; sinalização do STF de que o entendimento seria revogado; qualidade científica das manifestações doutrinárias que sustentavam e combatiam o princípio de direito acolhido pela sentença; por fim, análise se a matéria enfrenta é daquelas em que o jurisdicionado costuma se pautar na jurisprudência (por exemplo: direito tributário), ou se é mais fundamentado no direito positivado.

A despeito de a teoria de Barbi para relativizar a coisa julgada se fundamentar em parâmetros bem definidos, o fato é que esses critérios são demasiado subjetivos, atribuindo ao julgador um grau de discricionariedade muito elevado, indesejável no âmbito de Estado Democrático de Direito, sob o império da lei. Ademais, a aceitação da retroatividade do pronunciamento do STF implicaria em sujeitar o jurisdicionado a um estado de espera, submetendo-o a uma decisão que, em vez de resolver o litígio, acaba por amplificar a litigiosidade latente, potencializando as angústias derivadas da pendência da ação³².

³⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 360.

³¹ Ibidem, p. 362.

³² MARINONI, op. cit., p. 288.

Conforme sustenta Marinoni³³, o fundamento da ação rescisória na hipótese discutida nesse trabalho não é a violação de norma constitucional, mas o *ius superveniens*, isto é, o direito superveniente, o qual não pode retroagir sobre a coisa julgada. A admissão da rescisão da coisa julgada em razão de ulterior pronunciamento do STF se baseia no conceito de que uma lei inconstitucional é nula e, portanto, não produz efeitos. Contudo, quem defende essa tese não percebe que admitir os efeitos de uma decisão fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional é diferente de admitir a eficácia de uma lei declarada inconstitucional.

Conforme esclarece o eminente processualista³⁴, respeitar a coisa julgada significa reconhecer efeitos a um juízo anterior, diferente e legítimo sobre a constitucionalidade; e não reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional. Esse equívoco ao igualar a atribuição de efeitos da coisa julgada que interpreta uma norma constitucional em dissonância com entendimento do STF posterior à atribuição de efeitos à norma inconstitucional deriva de uma falta de compreensão na diferença ontológica existente entre texto legal e norma.

Friedrich Muller³⁵, considerado o pai do pós-positivismo, afirma que “a norma é construída no caso concreto, como resultado de uma atividade prática, na qual os elementos linguísticos do Direito (os textos de normas) adquirem sentido a partir de sua conjugação com os elementos de fato.”

Assim, se uma norma, a qual consiste no resultado da interpretação do texto legal aplicada no caso concreto, gerar dúvida interpretativa no controle difuso de constitucionalidade realizado pelos juízes e tribunais, não é possível admitir a rescisão dessa decisão, considerando que adotou uma das interpretações possíveis, razoáveis, constitucionalmente válidas no momento da sua prolação.

A adoção de entendimento em sentido oposto geraria o que Marinoni³⁶ definiu como retroatividade do *ius superveniens* sobre coisa julgada, uma vez que essa rescisória não se preocupa com o teor da decisão rescindenda, isto é, com a circunstância de a decisão rescindenda ter ou não violado de forma manifesta uma norma, bastando um pronunciamento do STF com sinal contrário ao da decisão rescindenda. Tratar-se-ia, em suma, da aplicação de uma norma superveniente retroativamente, violando a coisa julgada.

³³ Ibidem, p. 292-293.

³⁴ Ibidem, p. 295.

³⁵ FRIEDRICH MUELLER apud STRECK, Luiz Lênio. *Dicionário de Hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito, Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 279.

³⁶ MARINONI, op. cit., p. 296



Ademais, do fato de o Brasil ter adotado a teoria da nulidade absoluta da norma inconstitucional não decorre a conclusão de que, necessariamente, a norma declarada inconstitucional não poderia gerar nenhum efeito. A preservação de efeitos póstumos da norma inconstitucional não exclui a sanção de nulidade em si mesma, uma vez que diz respeito às conseqüências que derivam dela, no plano da eficácia, consistindo no regime de nulidade aplicável ao caso concreto³⁷.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO TRATAMENTO ATRIBUÍDO À COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE NO CPC/2015

Em todos os sistemas judiciários do mundo, há a possibilidade de um magistrado prolatar uma sentença inconstitucional, por mais que ele seja diligente e cuidadoso, pois a falibilidade é da natureza humana. Assim, em função, seja da ausência de interposição do recurso cabível, seja do esgotamento dos recursos interpostos, é fato que uma decisão inquinada do vício da inconstitucionalidade pode fazer coisa julgada material.

Por essa razão, revela-se importante o estudo do direito comparado como importante ferramenta para nos auxiliar a entender como países com características semelhantes ao Brasil lidam com o mesmo problema. Serão apresentadas aqui as hipóteses de rescisão de sentenças transitadas em julgado com o vício da inconstitucionalidade presentes na legislação de Portugal e da Espanha, países com características semelhantes às do Brasil, além de possuírem a mesma matriz jurídica romano-germânica. Cumpre fazer a ressalva, contudo, que não se objetiva, no presente trabalho, a realização de uma análise aprofundada dos ordenamentos jurídicos desses países, mas apenas o suficiente para dar substrato para a comparação com o ordenamento jurídico pátrio.

Tanto na Espanha quanto em Portugal, as hipóteses de desconstituição da coisa julgada são muito mais restritas do que no ordenamento jurídico brasileiro. Em Portugal, a despeito de possuir menos mecanismos de controle de inconstitucionalidade antes da formação da coisa julgada, as hipóteses de desconstituição da coisa julgada inconstitucional são duas: a) nos termos do art. 282, n. 3 da Constituição portuguesa³⁸, em matéria penal, disciplinar, ou de ilícito de mera ordenação social; e b) nas causas de investigação de

³⁷ FERNANDES, op. cit., p. 300.

³⁸ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.asp>>. Acesso em: 20 set. 2019.

paternidade, ainda que ultrapassados os cinco anos do art. 697 do CPC³⁹ português, nos casos de falta ou nulidade de citação⁴⁰.

Na Espanha, de maneira semelhante ao disposto no ordenamento jurídico português, são previstas duas hipóteses de desconstituição da coisa julgada inconstitucional: a) em recurso de amparo contra decisão judicial violadora de direito tutelado nos artigos 14 a 29 da sua Constituição⁴¹, nos estritos limites desses direitos e garantias; b) no caso de processo contencioso-administrativo ou processo penal, em que a lei que fundamentou a condenação foi julgada inconstitucional, e, como consequência, ocorreu a exclusão ou redução da pena.

Cumprе relevar que, em comparação com o ordenamento jurídico pátrio, o princípio da intangibilidade da coisa julgada em Portugal e na Espanha é muito mais forte, uma vez que são bastante estritas as possibilidades de desconstituição da coisa julgada, não havendo previsão nesses sistemas estrangeiros estudados de desconstituição da coisa julgada inconstitucional superveniente⁴².

Antes de ser analisado o tratamento da coisa julgada inconstitucional superveniente dado pelo Código de Processo Civil, constitui ponto relevante abordar o tratamento dado pelo mesmo CPC à coisa julgada inconstitucional originária. Essa pode ser definida como a decisão que gera a inconstitucionalidade lastreada em uma norma já declarada inconstitucional, seja em controle abstrato, que via de regra possui eficácia erga omnes e efeito vinculante, seja em controle difuso, considerando a atual fase de objetivação do controle difuso e a repercussão geral⁴³.

No julgamento da ADI n° 2418⁴⁴, que impugnava, entre outros dispositivos normativos, os artigos 525, § 1º, III e §§ 12 e 14 e 535, § 5º do CPC/2015^{45 46}, o Supremo

³⁹ PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34580575/view>>. Acesso em: 20 set. 2019.

⁴⁰ SILVA, op. cit., p. 136.

⁴¹ ESPANHA. *Constituição Espanhola*. Disponível em: <https://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

⁴² SILVA, op. cit., p. 137.

⁴³ A aproximação dos efeitos entre as decisões em controle concentrado e em controle difuso ganhou força com o julgamento das ADIs 3.406 e 3.470, julgadas em 29/11/2017, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal admitiu a mutação constitucional do art. 52, X, prescrevendo que o atual papel do Senado Federal é apenas o de conferir publicidade à decisão. Os efeitos *erga omnes* e vinculante decorreriam da própria decisão judicial. Embora esse novo entendimento tenha sido fixado em sede de controle concentrado e abstrato de lei estadual, a doutrina majoritária tem entendido que o STF evoluiu a questão, devendo ser aplicada nos julgamentos de recurso extraordinário, em sede de repercussão geral, em controle difuso e concreto de constitucionalidade (LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.320-321).

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADI 2418/DF*, Rel. Min. Teori Zavascki, Dje 17/11/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=31_0738708&ext=.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 11.

Tribunal Federal declarou a constitucionalidade desses dispositivos nas seguintes hipóteses: a) quando a sentença exequenda estiver fundada em norma reconhecidamente inconstitucional e b) quando a sentença exequenda deixar de aplicar norma reconhecidamente constitucional. Essas hipóteses ainda devem ser cumuladas com uma condição: desde que a decisão do STF declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo seja anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda. Assim, a tese fixada pelo STF foi no sentido de que apenas a sentença constitucional originária pode ser desconstituída pela impugnação ao cumprimento de sentença.

Esse tratamento atribuído à coisa julgada inconstitucional originária não viola os princípios da segurança jurídica, da paz social e do Estado de Direito, pois, nesse caso, prestigiou-se a força dos precedentes e o fortalecimento da função institucional do Supremo Tribunal Federal, marcos teóricos relevantes do novo CPC. Ademais, é notório que, nesse caso, há um juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade anterior vinculante para o juiz da causa, o qual optou por não observá-lo quando era obrigado a assim proceder.

Passa-se agora à análise da constitucionalidade do tratamento dado pelo CPC/2015 à coisa julgada inconstitucional superveniente. É de conhecimento geral que o Brasil evoluiu para um sistema de controle de constitucionalidade misto e peculiar, que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado, por via de ação direta de inconstitucionalidade, entre outras ações abstratas⁴⁷. Assim, no âmbito do controle difuso, todo juiz possui o poder-dever de avaliar a constitucionalidade de uma lei antes de aplicá-la. Dessa forma, se não houver decisão do STF prévia sobre a constitucionalidade da norma, se o juiz, na análise do caso concreto, reputar inconstitucional uma determinada lei, deverá proceder à declaração incidental de inconstitucionalidade dela. Por outro lado, toda vez que o magistrado aplica uma lei a um caso concreto, ele necessariamente está reputando constitucional essa norma⁴⁸.

Quando se admite a desconstituição da sentença inconstitucional superveniente, como faz o § 15 do art. 525 do CPC/2015⁴⁹, o que se está fazendo na verdade é negar a competência (no sentido jurídico) dos magistrados dos tribunais inferiores para a realização do controle de

⁴⁶ Deve ser esclarecido que, originalmente, a ADI 2418 foi ajuizada para questionar a constitucionalidade dos artigos 741, parágrafo único e § 1º do art. 475-L, ambos do CPC/73. Com o advento do novo Código de Processo Civil, o objeto da ação foi substituído pelos dispositivos legais de conteúdo semelhante dispostos neste diploma adjetivo indicados acima.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.554-555.

⁴⁸ SILVA, op. cit., op. cit., 2018, p. 147.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 11.

constitucionalidade difuso. Nesse sentido, é relevante aduzir as lições do jurista Bruno Noura de Moraes Rêgo, em importante reflexão, que se tornou um clássico, sobre os limites da retroatividade das decisões em controle de constitucionalidade, postulando que a aceitação de ação rescisória com base em posterior declaração de inconstitucionalidade pelo STF:

Significaria tornar inúteis os dispositivos constitucionais que albergam o controle de constitucionalidade (arts. 102, III e 97), afrontando o sistema constitucional brasileiro; os juízes e tribunais, no exercício do controle difuso, têm jurisdição plena; admitir a rescisória significaria implementar condição resolutória às decisões dos tribunais inferiores quando tratam da matéria constitucional; admitir a rescisória atenta contra a ideia de que a depuração do direito é feita de baixo para cima na pirâmide do Poder Judiciário.⁵⁰

De forma acertada, Nelson Nery Jr.⁵¹ Afirma que permitir a desconstituição de sentença transitada em julgado, em razão de declaração de inconstitucionalidade posterior exarada pelo STF, configura norma materialmente inconstitucional, por violação aos princípios do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, CRFB) e da garantia da intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, CRFB)⁵².

Em sede de julgamento do RE nº 730.462/SP, o Relator Ministro Teori Zavascki distinguiu de maneira didática a eficácia normativa da eficácia executiva da decisão de inconstitucionalidade:

A afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma no âmbito de ação de controle concentrado (ADI ou ADC) simplesmente reconhece a sua validade ou a sua nulidade, gerando, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (que se pode denominar de eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. Todavia, dessa sentença de mérito decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais. É o que se pode denominar de eficácia executiva ou instrumental.⁵³

Quis o eminente relator deixar assentada a tese de que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma jurídica não possui o condão de desconstituir automaticamente as sentenças transitadas em julgado, pois o efeito dessa decisão em relação a ato administrativo e judicial é apenas *pro futuro*.

O legislador poderia ter feito uma ponderação entre o valor justiça de um lado e os princípios da segurança jurídica e da intangibilidade da coisa julgada, estabelecendo como termo inicial do prazo decadencial o trânsito em julgado da decisão exequenda, de forma

⁵⁰ RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Porto Alegre, Fabris, 2001, p. 511.

⁵¹ NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 892-893.

⁵² BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 730.462/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Dje 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9343495>>. Acesso em: 10 out. 2019.



semelhante à hipótese de ação rescisória fundada em prova nova. Na regra do art. 966, inciso VII, cumulado com o art. 975, § 2º, ambos do CPC/2015⁵⁴, foi previsto um prazo decadencial de dois anos a partir da descoberta da prova nova, limitando-se o prazo máximo de cinco anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. Essa limitação maior de rescisória ainda assim não resolveria o problema da inconstitucionalidade do § 15 do art. 535⁵⁵, pois persistiria o problema de fazer tabula rasa das decisões anteriores proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, violando o Estado Democrático de Direito.

Cumprido salientar que, embora o tratamento dado à coisa julgada inconstitucional superveniente não tenha sido objeto da já citada ADI 2418⁵⁶, alguns dos ministros se manifestaram em *obiter dictum* sobre o tema, indicando que, se provocados a prolatarem decisão específica sobre o tema, em sede de controle de constitucionalidade, estariam inclinados a votar em favor da declaração de inconstitucionalidade do § 15 do art. 525 do CPC/2015⁵⁷.

Para citar excertos de alguns votos, o ministro Luis Roberto Barroso afirmou que a ideia proposta neste dispositivo legal “talvez tenha um impacto sobre a coisa julgada um pouco dramático”, concluindo que não se comprometeria com a constitucionalidade do dispositivo legal. O ministro Marco Aurélio asseverou que a única hipótese de flexibilização da coisa julgada é a ação rescisória, mas ressaltou não conceber a ideia de um pronunciamento do STF como hipótese de rescindibilidade. O ministro Luis Fux alegou considerar razoável que uma declaração de inconstitucionalidade posterior obste o cumprimento de uma sentença, desde que isso seja efetivado antes do trânsito em julgado da sentença exequenda, em nome da segurança jurídica. Por fim, o ministro Edson Fachin deixou claro que a admissão de impugnação ao cumprimento de sentença somente em “situações em que a norma específica, que fundamentou o título executivo judicial, for declarada inconstitucional, anteriormente ao respectivo trânsito em julgado”.⁵⁸

CONCLUSÃO

Em um sistema de controle de constitucionalidade do tipo misto, como o exercido no Brasil, em que coexistem os modelos de controle concentrado e difuso, é imprescindível que

⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 11.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 44.

⁵⁷ BRASIL, op. cit., nota 11.

⁵⁸ BRASIL, op. cit., nota 44.

se estabeleçam formas de harmonizá-los. Por essa razão, o Código de Processo Civil atual aduziu uma nova forma de desconstituição da coisa julgada inconstitucional.

Contudo, enquanto o legislador andou bem em relação ao tratamento da coisa julgada inconstitucional originária, tornando inexigível a obrigação fundada em norma declarada inconstitucional pelo STF em decisão anterior, não procedeu tão bem em relação à coisa julgada inconstitucional superveniente, o cerne do presente estudo.

Nessa última hipótese, o atual CPC criou a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória para desconstituir a coisa julgada regularmente formada (considerando que no momento da prolação da decisão não havia juízo de inconstitucionalidade do STF sobre a norma), com fundamento em decisão posterior do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da norma que fundamentou a decisão objeto da rescisória. Como se não bastasse, o prazo para propositura da referida ação será de dois anos, tendo como termo *a quo* o trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, o legislador acabou por criar uma hipótese de ação rescisória que desprestigia a jurisdição realizada pelos juízes e tribunais no exercício legítimo do controle difuso de constitucionalidade. É fato que, enquanto não há decisão com efeito vinculante proferida pelo STF, os juízes e os tribunais possuem um grau de liberdade maior para decidir sobre a constitucionalidade de uma norma, desde que, obviamente, devidamente motivada e fundamentada a decisão.

Ademais, a desconstituição da sentença inconstitucional superveniente afronta uma série de princípios constitucionais. A partir do momento em que o CPC atribui à coisa julgada uma condição resolutiva, de modo que somente valeria se e enquanto não sobreviesse uma decisão do STF declaratória da inconstitucionalidade da norma, evento futuro e incerto capaz de desconstituir a exigibilidade do título executivo, acaba por vulnerar a garantia constitucional intangibilidade da coisa julgada. Ataca igualmente, a reboque, os princípios constitucionais da segurança jurídica, da paz social e da tutela jurisdicional efetiva, pois, a qualquer momento, o jurisdicionado poderia ter seu bem de vida retirado de si.

Todavia, considerando as manifestações da maioria dos ministros do STF, no julgamento de Recurso Extraordinário que julgou tema distinto, há indícios de que a Corte Suprema deve se manifestar em favor da inconstitucionalidade desse tratamento atribuído à coisa julgada inconstitucional superveniente pelo CPC, o que se revela mais desejável para conferir maior segurança jurídica ao nosso Estado Democrático de Direito.

ALVIM, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada. Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ED no RE nº 328.812*, Relator Ministro Gilmar. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=524429>>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. *Código de processo civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 4 jun. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADI nº 2418/DF*, Rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310738708&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *RE nº 730.462/SP*, Rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9343495>>. Acesso em: 10 out. 2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DIDIER JR., Freddie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2008.

ESPANHA. *Constituição Espanhola*. Disponível em: <https://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

FERNANDES, André Dias. *Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro*. Salvador: Juspodvm, 2018.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Diretivas para a rescisão da coisa julgada face à posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: arts. 525, § 15 e 535, § 8º, CPC. In: DIDIER JR, Freddie; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodvm, 2018.

LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo*, São Paulo, V. 41, n. 251.

NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodvm, 2017.

PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34580575/view>>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.asp>>. Acesso em: 20 set. 2019.

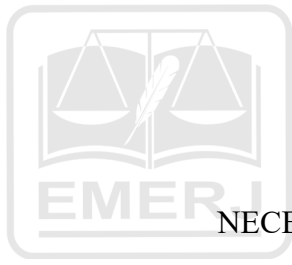
RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

SILVA, Daniel André Magalhães da. *A inconstitucionalidade do tratamento dado à coisa julgada inconstitucional no CPC/2015*. Salvador: Juspodvm, 2018.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

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

TALAMINI, Eduardo. Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento do título executivo inconstitucional e a regra especial sobre prazo de ação rescisória). In: DIDIER JR, Freddie; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodvm, 2018.



NECESSIDADE DO CONSENTIMENTO EXPRESSO DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO PARA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA

Gabriela Carolina Moura Dourado

Graduada em direito pela
Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Resumo - A presente pesquisa objetiva analisar a constitucionalidade da necessidade de consentimento expresso do cônjuge ou companheiro para a realização da esterilização voluntária, requisito este previsto na Lei nº 9.263/96, a lei de Planejamento Familiar. Para analisar tal questão são discutidos os princípios da autonomia, da liberdade de procriar, liberdade de não procriar e o princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso discutem-se os conceitos de esterilização voluntária e involuntária e suas repercussões sociais. Existem duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em trâmite que requerem seja declarada a inconstitucionalidade deste requisito e estas também são abordadas no presente trabalho.

Palavras-chave: Direito Civil. Planejamento familiar. Bioética. Esterilização voluntária.

Sumário: Introdução. 1. Histórico de reprodução humana e o controle estatal exercido sobre ela: uma discussão pautada pelos princípios da autonomia do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. 2. Questões relevantes sobre planejamento familiar e controle de natalidade. 3. A inconstitucionalidade do requisito de consentimento do cônjuge para a esterilização voluntária. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar que a ideia de estrutura familiar, assim como o entendimento acerca dos direitos e liberdades individuais, se modificam com velocidade no mundo atual, devendo o ordenamento jurídico acompanhar tais mudanças, no tocante as regras relacionadas ao planejamento familiar.

O trabalho enfoca a temática do requisito de consentimento do cônjuge para a realização do procedimento de esterilização voluntária, previsto na Lei nº 9.263/96 (Lei do Planejamento Familiar), que trata-se de flagrante violação de direitos fundamentais, sendo tal requisito atentatório a dignidade da pessoa humana.

A fim de nortear o trabalho no primeiro capítulo analisar-se-ão as seguintes questões: A Lei nº 9.263/96 encontra respaldo na Constituição ao prever como requisito o consentimento do cônjuge para a realização de procedimento de esterilização voluntária, levando assim em conta a vontade do casal, e não a liberdade do indivíduo? É possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, que a esterilização voluntária deveria ser livre e

sem restrições, por tratar-se de direito inerente ao ser humano (o direito de não procriar) em razão de sua liberdade?

No segundo capítulo será analisado se a liberdade negativa de procriar (a liberdade de não procriar) faria parte dos direitos fundamentais da pessoa humana como parte integrante de seu direito à vida, liberdade e à sua autodeterminação, sendo inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana por tratar-se da vontade do indivíduo em gerir a própria vida ao decidir não ter filhos.

Devem ser analisadas as regras que regem o planejamento familiar a fim de entender as razões por trás delas e se ainda são adequadas ao atual contexto social, levando em conta as liberdades individuais.

Levar-se-á em conta ainda, no presente trabalho, o conceito e a diferença entre controle de natalidade e planejamento familiar, a fim de analisar o histórico da interferência estatal no planejamento familiar, que trata-se de esfera privada que é tornada pública pela ideia de família como principal instituição da sociedade.

No último capítulo considerar-se-á ainda o papel do Estado na educação sobre métodos contraceptivos e o “poder-dever” da paternidade responsável.

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 a pesquisadora 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 a pesquisadora pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese, agora afim com a recente decisão da Corte Maior brasileira.



1. HISTÓRICO DA REPRODUÇÃO HUMANA E O CONTROLE ESTATAL EXERCIDO SOBRE ELA: UMA DISCUSSÃO PAUTADA PELOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA DO PRÓPRIO CORPO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Desde os primórdios a reprodução humana é um dos objetivos principais da humanidade e um dos temas de maior complexidade, com grandes estigmas e controvérsias relacionadas a liberdade de procriar, utilização de métodos contraceptivos e liberdade de não procriar.¹

Tradicionalmente temos como estrutura familiar típica a família patriarcal. Ou seja, uma família liderada pela figura masculina, com mulher e filhos. A procriação só era aceitável dentro do matrimônio sendo considerado o filho tido fora deste como "ilegítimo".

A prática sexual entre os cônjuges era vista como obrigatória, pois a procriação também o era. Ou seja, o casamento proporcionava a liberdade para procriar e retirava a liberdade de não procriar, pois tal liberdade apenas se dava por meio da abstinência. Qualquer método contraceptivo era considerado clandestino e "pecaminoso" tendo em vista que a prática sexual era diretamente vinculada a procriação, sendo considerada perversão se não tivesse tal objetivo.

Assim, a recusa em consumir o casamento ou manter relações sexuais com o outro cônjuge constitui violação do dever de coabitação.² O estupro marital só passou a ser considerado crime recentemente. Corrente tradicional encabeçada por Nelson Hungria e Magalhães de Noronha defendia a impossibilidade de o homem estuprar sua esposa, tratando-se de excludente de ilicitude ainda que se utilizasse de violência ou grave ameaça, pois teria direito de exigir a conjunção carnal tendo em vista que tratava-se de obrigação matrimonial.³

A procriação tratava-se de matéria de interesse público, e não de âmbito privado, logo a esterilização era vista como algo extremamente negativo por permitir a prática sexual sem o objetivo da procriação. A liberdade de não procriar estaria ligada à abstinência, que, contextualmente, se daria pela renúncia do casamento. Era vista ainda a procriação como dádiva divina e principal objetivo das mulheres em vida, sendo considerado imoral e ilegal

¹ BOTTEGA, Clarissa. Liberdade de não procriar e esterilização humana. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, Cuiabá. v. 9. n. 2. p. 44. jul/dez. 2007.

² COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2003. p. 392.

³ SILVA, Suellen Aparecida de Lima. *Possibilidade jurídica do estupro na relação conjugal*. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Universidade Vale do Rio Doce, Governador Valadares. 2011. p. 24.

qualquer pensamento que divergisse disso ou qualquer interferência humana que fosse contra o que era considerado a “ordem natural” das coisas.⁴

Durante anos o descrito acima, em várias sociedades, era o pensamento predominante, no entanto houve mudança expressiva neste modo de pensar com o avanço da tecnologia, e as grandes mudanças sociais e culturais arcadas pela sociedade ocidental, que levou a redefinição de estrutura familiar, relações sexuais, paternidade, autonomia da própria vontade e dignidade da pessoa humana.

São grandes os debates acerca dos direitos e princípios em jogo no que se refere à esterilização voluntária do indivíduo, diferenciando o controle de natalidade do planejamento familiar e, ainda, levando em conta os direitos fundamentais do indivíduo, entre eles o da dignidade da pessoa humana.

Houve grandes mudanças sociais quanto ao contexto familiar, que abrange-se e torna-se cada vez mais plural. A ideia de estrutura familiar, assim como o entendimento acerca dos direitos e liberdades individuais, se modificam com velocidade no mundo atual, devendo o ordenamento jurídico acompanhar tais mudanças, em que toca as regras relacionadas ao planejamento familiar.

A liberdade negativa de procriar (a liberdade de não procriar) faz parte dos direitos fundamentais do ser humano: é parte integrante de seu direito à vida, à liberdade e à sua autodeterminação. Tal liberdade é inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana por tratar-se da vontade do indivíduo em gerir a própria vida ao decidir não ter filhos.

Devem ser analisadas as regras que regem o planejamento familiar a fim de entender as razões por trás delas e se ainda são adequadas ao atual contexto social, levando em conta as liberdades individuais. Devemos ainda sobrepesar os princípios em jogo no que tange ao requisito de consentimento do cônjuge para a realização de esterilização voluntária da pessoa, entre eles a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana.

Intrínsecos a esse tema as questões relacionadas à liberdade sexual e às alterações culturais das últimas décadas que desentranharam o sexo da religião e a crescente mudança da sociedade no sentido de abranger outras formas de família que não a ideia preestabelecida do modelo patriarcal.

Com o advento de movimentos que promovem a liberdade sexual, a promoção de igualdade de gêneros, e princípios que priorizam a autonomia da vontade e o direito de dispor do próprio corpo, a sociedade mudou.

⁴ BOTTEGA. op. cit., nota 1.

Atualmente é aceitável a existência da prática sexual sem o objetivo de procriar, fora do matrimônio e, ainda, a procriação fora da estrutura familiar patriarcal.

Ainda que estilos de vida que divergem da estrutura familiar patriarcal tradicional ainda sejam vistos com maus olhos por boa parte da sociedade, tais diferentes estilos de vida já são reconhecidos. A necessidade de educação sexual no sentido de uso de métodos contraceptivos é discutida abertamente. Tais avanços em muito se devem ao avanço da ciência no desenvolvimento de métodos contraceptivos e de formas de facilitar e possibilitar a procriação.

As mudanças sociais supracitadas tiveram seu início na Revolução Francesa com a separação da Igreja e do Estado. Desde então há um processo contínuo de desvinculação dos valores da igreja aos valores morais da sociedade em si. Tal separação possibilitou que o sexo deixasse de ser visto como um "pecado", assim como o exercício da liberdade de não procriar deixou de ser visto como algo "pervertido".

Pertinente diferenciar os diferentes tipos de esterilização: A esterilização cosmotológica ou voluntária é aquela na qual o principal objetivo é evitar a gravidez apenas no exercício da liberdade de não procriar e não por recomendação médica. Já a esterilização terapêutica é aquela realizada por recomendação médica, estando diretamente ligada a estado de necessidade e legítima defesa, pois é realizada para preservar a integridade física e saúde da pessoa. Um médico então deve diagnosticar previamente as injunções clínicas que autorizariam esterilizar uma pessoa, em razão da impossibilidade clínica de ter filhos em virtude de colocar sua própria vida em risco.⁵

A primeira operação de laqueadura se deu em 1881, enquanto a vasectomia foi realizada primeiramente em 1889 pelo Dr. Harry Sharp que iniciou a técnica em jovens do Reformatório do Estado de Indiana, nos Estados Unidos.⁶

Nos anos 70 as esmagadoras majorias dos estados dos EUA possuíam leis que permitiam a esterilização por motivos eugênicos ou punitivos, desde que houvesse autorização judicial. Mais tarde, emendas à constituição americana tornaram estas leis inconstitucionais.

A esterilização involuntária trata-se assim da esterilização realizada por vontade do Estado e não do próprio indivíduo, e hoje em dia é considerada violação a direitos humanos e inconstitucional. Foi utilizado no passado como uma penalidade, e por motivos xenofóbicos.

⁵ HENTZ, André Soares. Esterilização humana: aspectos legais, éticos e religiosos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/6544/esterilizacao-humana>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 144

Na década de 60 foi observada uma grande explosão demográfica, o que levou diversos países a procurarem adotar medidas de controle para combater o aumento expressivo e desordenado da população. Foram realizadas diversas políticas públicas, que envolveram esclarecimento da população dos benefícios da esterilização, a fim de incentivar o melhor planejamento familiar. Tais campanhas foram ineficazes, o que levou muitos países a realizarem a esterilização obrigatória. A Índia chegou a esterilizar sete milhões de pessoas em um período de dez meses.⁷

A Suíça, Dinamarca e Suécia foram os primeiros países europeus a legislar sobre a esterilização de “anormais” e doentes mentais, em 1929. Alemanha praticou a esterilização eugênica em busca da pureza da raça ariana por métodos notadamente cruéis, quando do fortalecimento do nazismo.

No Brasil esse tipo de esterilização jamais foi permitida, mas houve projeto de lei apresentado por deputado federal Wigberto Tartuce (PPB/DF) legislando sobre castração química como punição para os crimes previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal Brasileiro. Este projeto de lei foi arquivado pois foi considerado inconstitucional, pois o art. 5º, inciso XLVII, alínea “e” da Constituição Federal de 1988 proíbe a aplicação de penas cruéis.⁸

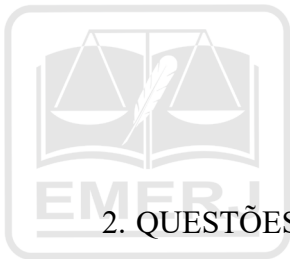
Nos dias de hoje a esterilização é tratada como método contraceptivo que está à disposição dos indivíduos, sendo assim legitimada apenas a voluntária, não tratando-se de imposição de Estado. Não é permitida a esterilização involuntária pois esta seria uma violação a liberdade de procriar dos indivíduos não compatível com um estado democrático de direito. Alguns países chegam a incentivar a esterilização ao mesmo tempo em que outros restringem o acesso a tal direito.

A esterilização voluntária é cada vez mais encarada como direito decorrente da liberdade de não procriar do indivíduo, disposição de seu próprio corpo e uma forma de planejamento familiar livre e saudável.⁹

⁷ CHAVES, Antônio. Direito à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Esterilização e operações cirúrgicas para "mudança de sexo". Direito ao cadáver e as partes do mesmo. *Revista de informação legislativa*, v. 14, n. 55, p. 125-168, jul./set. 1977. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181032>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

⁸ HENTZ. op. cit., nota 5.

⁹ BOTTEGA. op. cit., nota 1.



2. QUESTÕES RELEVANTES SOBRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E CONTROLE DE NATALIDADE

A Lei nº 9.263/96 Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar e estabelece penalidades. Este dispositivo constitucional posiciona a família como base da sociedade e determina proteção especial do Estado a ela.

Em seu parágrafo 7º o dispositivo constitucional 226 prevê que o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.¹⁰

No entanto, ao limitar o direito de não procriar do indivíduo o Estado interfere na esfera privada de seu cidadão, violando a autonomia da pessoa ao seu próprio corpo, autonomia para tomar suas próprias decisões e realizar seu próprio planejamento familiar. Desta forma, ao limitar a esterilização voluntária da forma que é feita na atual lei de Planejamento Familiar é violado o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este previsto no art. 1º inciso III da Constituição Federal de 1988 e que norteia todo o ordenamento jurídico. Também viola o art. 226 §7º da Constituição Federal.

Para melhor entendimento cumpre ressaltar que o planejamento familiar e o controle de natalidade não são sinônimos, sendo de suma importância sua diferenciação.

O controle de natalidade consiste no uso de técnicas que objetivam a redução do crescimento demográfico, pois a explosão demográfica leva a problemas sociais como a falta de recursos, sendo necessário assim o controle dos números populacionais para a diminuição da pobreza.

O controle de natalidade foi reconhecido pela Conferência de Direitos Humanos das Nações Unidas como direito humano básico, assim como a livre decisão do casal acerca da paternidade e maternidade livre e responsável. Tal escolha consciente do casal está relacionada ao planejamento familiar.¹¹

O planejamento familiar é a escolha consciente do casal do número de filhos, condições de gestação, métodos contraceptivos e diversos outros meios para saúde reprodutiva e bem-estar familiar.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 9.263*, de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

¹¹ BOTTEGA. *op. cit.*, nota 1.

Em sede de Conferência de Direitos Humanos das Nações Unidas realizada em 1974 foi reconhecido o direito de todo ser humano de receber do Poder Público informações acerca do planejamento familiar livre e responsável e de obter gratuitamente os meios indispensáveis para a efetivação das decisões tomadas pelo casal a respeito da procriação.

No Brasil, tal direito é flagrantemente violado, pois a grande maioria da população pobre não tem acesso nem a informações e nem a métodos contraceptivos gratuitos. Desta forma, considerando que o próprio Estado não cumpre sua função em assegurar o direito fundamental de seus cidadãos ao planejamento familiar, é ilegítimo que coloque obstáculos a realização dos métodos de planejamento familiar que os indivíduos decidirem adotar¹²

Houve uma expressiva redefinição de estrutura familiar nas últimas décadas assim como mudança nos paradigmas que definiam as relações sexuais, paternidade, maternidade, o papel da mulher na sociedade, direitos de reprodução, autonomia da própria vontade e dignidade da pessoa humana.

Conforme analisado no primeiro capítulo do presente trabalho a esterilização involuntária teve ao longo da história caráter higienista, não sendo permitida assim em nosso ordenamento jurídico pátrio. No entanto, é permitida a esterilização voluntária, sendo questionável, no entanto, a constitucionalidade dos requisitos necessários para que o indivíduo possa realizá-la.

Ainda que trate-se de esterilização cosmetológica deve ser permitido ao indivíduo a realização desta pois esta é uma decisão reservada à esfera privada. Ainda que o cônjuge ou companheiro faça parte do contexto familiar do indivíduo não deve ser limitada a realização da esterilização ao consentimento deste, pois o direito de procriar e, logo, o direito de não procriar trata-se de direito fundamental do ser humano, não podendo assim ser condicionado a autorização de outra pessoa.

Fraco o argumento de que trata-se de uma decisão da qual a pessoa pode vir a se arrepender no futuro, pois com os avanços tecnológicos e novas tecnologias de reprodução a esterilização não impede que no futuro a pessoa possa mudar de ideia e vir a ter filhos.

Além disso tanto o procedimento da laqueadura e de vasectomia são reversíveis, podendo o indivíduo vir a se arrepender. No entanto, observa-se pelos dispositivos e princípios constitucionais que mesmo que os procedimentos de esterilização voluntária fossem, de fato, irreversíveis ainda assim não caberia ao Estado negar o procedimento.

¹² DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 133.



Esta condição ao consentimento do cônjuge para a realização da esterilização voluntária foi criada ainda com a mentalidade ultrapassada de quando o instituto do casamento era considerada a única forma legítima de procriar. Não havia tecnologia suficiente para superação da infertilidade e a procriação era considerada essencial a condição de mulher.

Pelo acima exposto, entende-se que a esterilização de um dos integrantes do casamento antigamente privaria o outro de seu direito a procriar (pelo menos procriar de forma legítima). Hoje em dia, no entanto, considerando os novos parâmetros envolvendo procriação e sexualidade, sabemos que a esterilização de um dos cônjuges não implica necessariamente na privação do outro de seu direito de procriar.

Um cônjuge não depende mais necessariamente do outro para exercer seu direito fundamental de procriar considerando-se o expressivo avanço da ciência no âmbito de tecnologias de reprodução, o fato de o filho tido fora da constância do casamento não ser mais considerado “filho ilegítimo” e também pela possibilidade que tem a pessoa de se divorciar, casar novamente com outra pessoa e vir a ter filhos desta nova união.

Percebe-se desta forma que a esterilização voluntária ou cosmetológica trata-se de direito decorrente da liberdade de não procriar do indivíduo, autonomia do próprio corpo e uma forma de planejamento familiar livre e saudável.¹³

Direito de âmbito privado que deve ser garantido e não limitado pelo Estado, que tem como obrigação fornecer os meios de planejamento familiar necessários aos cidadãos.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO DE CONSENTIMENTO DO CÔNJUGE PARA A ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA

Está em trâmite uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep) que questiona a constitucionalidade do dispositivo da Lei do Planejamento Familiar que impõe como condição para a realização de esterilização voluntária o consentimento de ambos os cônjuges. A ADI nº 5097 pede liminarmente pela suspensão da eficácia do parágrafo 5º do art. 10 da Lei nº 9.263/1996 que regula o art. 226 parágrafo 7º¹⁴, pedindo a declaração da inconstitucionalidade deste dispositivo.

A associação sustenta que condicionar a realização de cirurgia de esterilização voluntária à anuência de terceiro, mesmo este sendo cônjuge, constitui ato atentatório à

¹³ BOTTEGA. op. cit., nota 1.

¹⁴ BRASIL. op. cit., nota 10.

autonomia corporal e ao direito ao planejamento reprodutivo de forma livre e incondicionada.¹⁵

Observa que, ainda que reconhecido o objetivo do legislador de evitar a esterilização precoce com a fixação dos requisitos legais para esterilização voluntária, na prática, o que aconteceu foi o desestímulo de tal prática, o que foi de encontro com dispositivo constitucional, o art. 226 §7º, e tratados internacionais.

Para que seja evitada a esterilização precoce a medida correta a ser tomada pelo Estado é garantir a ampla informação e educação sexual sobre esta e outras opções de métodos contraceptivos disponíveis para que os cidadãos estejam bem informados de cada uma de suas opções, podendo assim exercer de forma livre seu planejamento familiar sem a interferência indevida do Estado no âmbito privado de seu direito de autodeterminação.

Não pode o Estado interferir na liberdade de escolha e de disposição do próprio corpo do indivíduo. Desta forma a Associação Nacional de Defensores Públicos afirma que o parágrafo 5º do art. 10 da Lei de Planejamento Familiar viola os princípios da dignidade humana, da liberdade, da autonomia privada e o planejamento familiar reprodutivo.

Além de ferir direitos fundamentais esta norma da lei de planejamento familiar tipifica um crime fazendo com que a pessoa que se submeta a esterilização voluntária sem consentimento do cônjuge seja submetida a ação criminal o que demonstra-se flagrantemente desproporcional.

Também foi ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), em 18 de março de 2014, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5911 no Supremo Tribunal Federal que, assim como a ADI nº 5097, visa a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.263/1996 da Lei de Planejamento Familiar.

O Partido argumenta em sua petição inicial que “essas exigências afrontam direitos fundamentais, contrariam tratados internacionais firmados pelo Brasil, além de divergir dos principais ordenamentos jurídicos estrangeiros”. Acrescenta ainda que o pedido da ADI atende o requisito da plausibilidade jurídica para o pedido (*fumus boni iuris*), pelas flagrantes violações a princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CRFB/88), a liberdade de escolha (art. 5º da CRFB/88), a autonomia privada, igualdade, liberdade de planejamento familiar (art. 226, § 7º da CRFB/88) e dos direitos sexuais e reprodutivos.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5097*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>>. Acesso em: 22 out. 2019.



Desta forma observa-se que as duas Ações de Declaração de Inconstitucionalidade se apoiam no fundamento de que os requisitos restritivos para a realização da esterilização voluntária trazidos na Lei nº 9.263/96 é uma afronta a princípios constitucionais e apenas dificulta o planejamento familiar quando o objetivo principal da lei é justamente promover tal planejamento.

Deve ser levada em consideração que o Brasil é um país excessivamente populoso e apresenta extrema desigualdade social na qual a grande maioria da população encontra-se em nível de pobreza. De tal forma, a fim de combater o descontrolado crescimento populacional e, assim, suavizar as desigualdades sociais expressivamente, é de suma importância que seja promovida de forma ampla, profunda, abrangente e inclusiva a educação sexual da população.

Quanto mais informada estiver a população sobre sexo, suas consequências e as opções de métodos contraceptivos, menos o Estado precisará interferir na esfera privada dos cidadãos. Não precisará exercer políticas de controle de natalidade ou similares porque a própria população, devidamente munida de informações, poderá fazer seu próprio planejamento familiar, exercendo sua liberdade de procriar ou não procriar e autodeterminação da própria vida.

Além de ampla informação para toda a população brasileira sobre métodos contraceptivos e planejamento familiar deve ser disponibilizados a todos os métodos de contracepção necessários. Não é suficiente apenas a distribuição de camisinhas gratuitamente, também se faz necessário acesso a métodos contraceptivos para mulheres hipossuficientes, pois atualmente apenas parcela das mulheres tem acesso a tais métodos considerando seu alto custo.

Quanto ao requisito do consentimento do cônjuge para a realização da esterilização voluntária especificamente observa-se que, na prática, é uma regra que restringe o direito da mulher de ter acesso à laqueadura. Isso porque, ainda que o mundo e o país tenham passado por expressivas mudanças sociais e culturais nas últimas décadas, o Brasil ainda é um país predominantemente cristão e de estrutura patriarcal.

A mulher brasileira ainda tem muitos de seus direitos fundamentais cerceados, ainda que garantidos constitucionalmente, em decorrência da cultura machista que faz parte das mais profundas infraestruturas da sociedade. Então, ainda que o dispositivo não especifique gênero ao impor o restritivo requisito de consentimento do cônjuge, o que pode ser observado na prática é que as mulheres obtém maior dificuldade em obter uma cirurgia de laqueadura.

A ADI nº 5911¹⁶ expõe em sua petição inicial uma pesquisa realizada em seis capitais brasileiras: Palmas, Recife, Cuiabá, Belo Horizonte, São Paulo e Curitiba. Esta pesquisa acompanhou homens e mulheres que buscavam a esterilização voluntária junto ao SUS, e verificou que em um período de seis meses, apenas 25,8% das mulheres e 31% dos homens que demandaram a cirurgia efetivamente conseguiram obtê-la. Das mulheres que esperavam a esterilização 8% engravidaram durante o período de espera.

Tais estatísticas mostram uma alarmante realidade brasileira de pessoas que não estão conseguindo exercer seu devido planejamento familiar, apesar de tentarem, por culpa do Estado que lhes impõe empecilhos desproporcionais e inconstitucionais.

Vale lembrar ainda que o alto número de gestações indesejadas também agravam um outro grande problema enfrentado pelo país: o do aborto clandestino, que também é criminalizado pelo nosso ordenamento jurídico e leva ainda muitas mulheres hipossuficientes a arcarem com problemas sérios de saúde por se submeterem a cirurgias em lugares clandestinos, sendo que muitas vem até mesmo ao óbito.

Desta forma, devem ser julgadas procedentes a ADI nº 5911¹⁷ e nº 5097¹⁸ para declarar inconstitucionais os requisitos presentes no artigo 10 da Lei nº 9.263/96 (Lei de Planejamento Familiar), em especial o requisito do consentimento do cônjuge, tendo em vista que flagrantemente inconstitucional.

Com uma população bem informada e bem atendida não chegará a ser necessário nenhum tipo de controle de natalidade no futuro, como foi necessário em outros países, conforme exposto no presente trabalho.

As garantias constitucionais e direitos fundamentais previstos tanto na Constituição quanto em tratados internacionais devem ser protegidos e resguardados pelo ordenamento jurídico e não limitados por normas excessivamente restritivas e desproporcionais. A liberdade de procriar, não procriar, constituir ou não constituir família, e a liberdade sexual de homens e mulheres devem ser promovidas e protegidas e não restringidas.

Considerando que o Brasil ainda possui uma cultura que, por meio de fortes pressões sociais, ainda restringe a liberdade dos indivíduos significativamente, o Direito deve ser um instrumento de facilitação de mudanças e avanços sociais, reconhecendo novas realidades e assegurando direitos das minorias, ou seja, das pessoas que não se encaixam nos antigos moldes predeterminados por uma sociedade na qual o Estado e a Religião se misturavam. O

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5911*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307>>. Acesso em: 22 out. 2019.

¹⁷ BRASIL. op. cit., nota 15.

¹⁸ BRASIL. op. cit., nota 14.



Direito não pode ser utilizado como um instrumento de estagnação social, como forma de manter parâmetros patriarcais, ultrapassados e machistas.

Resta evidente assim que o Estado e o ordenamento jurídico pátrio devem limitar-se a proporcionar informações, educação e recursos necessários para que cada cidadão possa realizar seu próprio planejamento familiar e, assim, exercer sua liberdade de procriar ou não procriar, sem medo de ser submetido a uma ação penal por simplesmente tomar decisões em relação a sua própria vida.

CONCLUSÃO

O presente trabalho constatou, como problemática essencial, a existência de polêmica quanto à constitucionalidade nos requisitos estabelecidos para que seja autorizada a realização de esterilização voluntária. Em especial o requisito do consentimento do cônjuge ou companheiro, que viola flagrantemente o princípio da autonomia privada, liberdade e dignidade da pessoa humana.

De um lado, o legislador pretendia desencorajar a esterilização voluntária como forma prioritária de método anticonceptivo, pois esta possui consequências mais radicais do qual o indivíduo pode vir a se arrepender mais tarde. De outro a Ação Nacional de Defensores Públicos (Anadep) e o Partido Socialista Brasileiro (PSB) ajuízam ações de inconstitucionalidade pedindo a suspensão da eficácia do parágrafo 5º do artigo 10 da Lei nº 9.263/1996, a lei de Planejamento Familiar.

Conforme foi analisado durante a pesquisa, na prática, o requisito de consentimento do cônjuge ou companheiro para a realização da esterilização voluntária, assim como os demais requisitos, são mais prejudiciais às mulheres, considerando que a sociedade brasileira ainda é extremamente machista e baseada em modelo patriarcal de família.

Conclui-se assim que devem ser julgadas procedentes a ADI nº 5097 e a ADI nº 5097 pois apresentam argumentos acertados de que a Lei de Planejamento Familiar fere direitos fundamentais ao tipificar como crime a esterilização voluntária quando não cumpridos os requisitos do artigo 10.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que não pode ser violada a autonomia privada do cidadão pelo Estado. A função do Estado não deve ser interferir na vida e limitar o poder decisório dos indivíduos quanto a seu próprio corpo e sim fornecer as informações e métodos necessários para que tal poder possa ser exercido de forma livre e bem informada.

Desta forma o objetivo do legislador, de fazer os cidadãos priorizarem outras formas de métodos anticonceptivos ao da laqueadura ou vasectomia, será melhor atendido com maior educação sexual a toda a população, incluindo as camadas mais pobres e carentes. Com maior acesso à informações quanto a reprodução e métodos anticonceptivos poderá a população realizar seu próprio planejamento familiar, levando em consideração sua realidade concreta e seus desejos.

O principal argumento usado neste trabalho para sustentar a tese apresentada é de que cada pessoa tem direitos fundamentais que são invioláveis. Da mesma forma que é inconstitucional o procedimento de esterilização involuntária, por ser atentatório à dignidade da pessoa humana ao violar seu direito de procriar, as limitações à esterilização voluntária também deverão ser consideradas inconstitucionais por violar o direito do indivíduo de não procriar.

O requisito do consentimento do cônjuge ou companheiro para que possa ser realizada a esterilização voluntária remonta à ideia arcaica de que a entidade familiar é mais importante do que a vontade individual de cada pessoa. Remonta tal pensamento da época em que a reprodução era o único objetivo do casamento. Ideia esta já ultrapassada considerando a evolução da sociedade desde então, os direitos sexuais, reprodutivos e a emancipação das mulheres que não tem mais como única função na sociedade a de ser esposa e mãe.

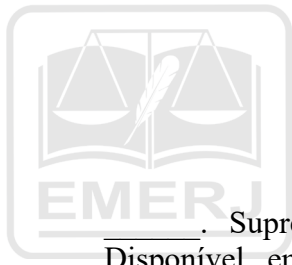
Chega-se assim a conclusão de que o requisito do consentimento do cônjuge ou companheiro, contido no artigo 10 parágrafo 5º da Lei nº 9.263/1996 (Lei de Planejamento Familiar) é desproporcional e viola os princípios da dignidade humana, a liberdade, a autonomia privada e o planejamento familiar reprodutivo, devendo ser declarado inconstitucional e removido do ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

BOTTEGA, Clarissa. Liberdade de não procriar e esterilização humana. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, Cuiabá. v. 9. n. 2. p. 43/64. jul/dez. 2007.

BRASIL. *Lei nº 9.263 de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.



_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5097*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>>. Acesso em: 22 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.911 Petição Inicial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adi-planejamento-familiar-psb.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

CHAVES, Antônio. Direito à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Esterilização e operações cirúrgicas para "mudança de sexo". Direito ao cadáver e as partes do mesmo. *Revista de informação legislativa*, v. 14, n. 55, p. 125-168, jul./set. 1977. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181032>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

HENTZ, André Soares. Esterilização humana: aspectos legais, éticos e religiosos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/6544/esterilizacao-humana>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme; PERROTTI, Maria Regina Machado; e PERROTTI, Marcos Antonio. Direito do planejamento familiar. *Revista dos Tribunais*: RT, São Paulo, v. 87, n. 749, p. 46-59, mar. 1998. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/123855>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

SILVA, Suellen Aparecida de Lima. *Possibilidade jurídica do estupro na relação conjugal*. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Universidade Vale do Rio Doce, Governador Valadares. 2011. Disponível em: <<http://www.pergamum.univale.br/pergamum/tcc/Possibilidadejuridicadolestupronarelacaoconjugal.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, DIREITOS INDISPONÍVEIS E OS ENTRAVES À CONSENSUALIDADE

Gabriela de Azevedo Correia

Graduada pela Escola de Direito
do Rio de Janeiro – Fundação
Getúlio Vargas. Advogada.

Resumo – A morosidade na solução das ações de improbidade administrativa e a sua ineficácia são prejudiciais à Administração Pública, aos particulares investigados e também aos agentes encarregados de coibir e fiscalizar tais condutas. Nesse cenário, questiona-se a expressa vedação contida no art. 17, §1º da Lei nº 8.429/1992, que proíbe qualquer tipo de transação, acordo ou conciliação, uma vez que disposição legal vai de encontro às demais normas que integram o microsistema anticorrupção e ao espírito que rege o ordenamento brasileiro. Assim, a análise do atual contexto jurídico e dos questionamentos doutrinários se faz necessária.

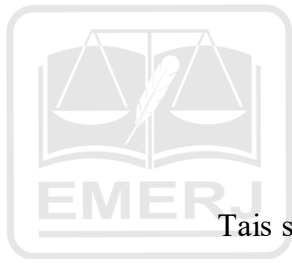
Palavras-chave – Direito Administrativo. Improbidade Administrativa. Interesse Público. Consensualidade. Transações de direitos (in)disponíveis. Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção.

Sumário – Introdução. 1. A ação de improbidade administrativa e a sua (in)eficácia. 2. Improbidade administrativa, consensualidade e os novos contornos do processo civil e do artigo 26 da LINDB. 3. A imperiosa superação da vedação legal contida no art. 17, §1º da Lei nº 8.249/1992. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda uma das principais controvérsias acerca de improbidade administrativa e enfrenta o clássico dilema entre o interesse público e o privado e a impossibilidade de implementação de transações na solução de demandas jurídico-administrativas. Procura-se demonstrar a urgente necessidade de superação da legislação atual e a viabilidade da utilização de mecanismos transacionais, sem violar os direitos indisponíveis em jogo.

A Lei nº 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa (LIA), traz uma polêmica disposição em seu art. 17, §1º ao vedar a transação, acordo ou conciliação nas ações civis de improbidade administrativa. A limitação à utilização de meios transacionais de solução de conflitos gera batalhas jurídico-administrativas intermináveis, que se estendem por anos sem a obtenção de uma solução concreta, e incutem no cidadão uma sensação de impunidade frente à aplicabilidade seletiva das sanções legais aos agentes ímprobos.



Tais situações despertam e favorecem as seguintes reflexões: até que ponto podemos dizer que os direitos abarcados na tutela da probidade administrativa devem ser considerados indisponíveis? Em que sentido se apresentam as demais disposições legislativas do ordenamento pátrio? A vedação irrestrita às transações traz benefícios à Administração?

Inicia-se o primeiro capítulo do artigo com a análise dos dados concretos provenientes da aplicação da Lei de Improbidade no contexto brasileiro. Enfrenta-se a situação real e concreta no que tange à imposição das sanções previstas na norma legal, demonstrando a sua ineficácia e o demasiado alargamento temporal das demandas, o que aumenta significativamente a taxa de congestionamento de processos nos tribunais.

O segundo capítulo destina-se à compreender os novos contornos do processo civil brasileiro e o estímulo aos meios alternativos à solução de controvérsias, inclusive no âmbito da administração pública. Além disso, destaca a recente edição da LINDB e o permissivo genérico inserido em seu artigo 26.

Por fim, o terceiro capítulo se desenvolve à luz da imperiosa necessidade de superação da vedação legal contida no art. 17, §1º da LIA, comprovada pela manifestação dos demais poderes da república acerca dessa necessidade, o que se exemplifica diante da ADI 5980 e do Projeto de Lei nº 10.887, ambos propostos no ano de 2018 e visando a alteração legislativa.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será 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 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA (IN)EFICÁCIA

A Lei nº 8.429/1992¹, Lei de Improbidade Administrativa (LIA), consiste em um instrumento essencial na tutela da moralidade administrativa. O referendodiploma legal consagra a possibilidade do manejo de uma ação de natureza extrapenal, destinada à

¹ BRASIL. *Lei nº 8.429*, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 19 set. 2019.

apuração e sanção de atos considerados lesivos à probidade administrativa², princípio basilar da Administração Pública, previsto no art. 37 da Constituição Federal³.

Os atos lesivos são elencados nos arts. 9º, 10, 10-A e 11, e respectivamente, são aqueles que: importam em enriquecimento ilícito; ensejam lesão ao erário; decorrem de concessão ou aplicação de benefício financeiro ou tributário e, por fim, que atentem contra os princípios da administração pública. As sanções aplicáveis aos agentes condenados por improbidade administrativa são elencadas no art. 12 e podem ser aplicadas de forma cumulativa, devendo ser arbitrada pelo magistrado de acordo a gravidade do evento danoso, da conduta praticada e da extensão do dano.

O Poder Judiciário ocupa papel fundamental na apreciação dessas questões, sendo o aplicador das sanções descritas na norma jurídica, sob o crivo do devido processo legal e das demais garantias constitucionais. Entretanto, a solução de casos tão complexos não se dá de forma objetiva ou imediata, e demanda, como regra, uma análise extensa, profunda e detalhada dos fatos e elementos constitutivos da ação. Conseqüentemente, o provimento jurisdicional demora anos para ser proferido de forma definitiva.

O controle dos atos dos administradores públicos e da gestão do patrimônio público tem sido cada vez mais observado pela sociedade. Além disso, é nítido e legítimo o anseio da coletividade pela punição dos agentes ímprobos, tendo em vista o forte interesse público que permeia a gestão pública e a abrangência dos direitos tutelados. Assim, a coletividade acaba acompanhando a solução de demandas de improbidade e cria expectativas quanto à resposta estatal.

Este controle pode ser exercido, inclusive, mediante os dados disponibilizados pelo Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que implique Inelegibilidade (CNCIAI), criado em 2007 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁴. Tal cadastro reúne informações do Poder Judiciário sobre pessoas físicas e jurídicas definitivamente condenadas por improbidade administrativa, sendo um dos principais meios de transparência da atividade jurisdicional no que tange ao julgamento das referidas ações e um forte canal de publicização.

² GARCIA, Emerson. Improbidade é sinônimo de desonestidade? P.16-27. In *Coletânea de artigos : avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa* / 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília : MPF, 2018. Disponível em <<http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/pub-licacoes>> e <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes>>. Acesso em: 11 jun.2019.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 25 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mai.2019.

⁴ BRASIL. *Resolução nº 44*, de 20 de novembro de 2007. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_44.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

Em pesquisa publicada na Revista CNJ⁵, Jaqueline Barbão e Fabiana de Oliveira evidenciaram dois principais fatores que influenciam as ações de improbidade, quais sejam: a análise do tempo de tramitação; e a taxa de congestionamento dos processos⁶. As autoras entenderam que, no ano de 2017, a base de dados do CNCIAI estaria defasada, o que se confirma ao ser comparada com a base de dados oferecida pelo Selo Justiça em Números do CNJ.

Identificam a taxa de congestionamento dos Tribunais em 2015 no que tange às ações de improbidade administrativa em 95,3%, o que demonstra que estes casos tramitam com maior vagar e indicam um desempenho muito aquém da média dos demais processos. Além, ao analisarem o tempo de tramitação dos processos verificam que para que sejam proferidas as decisões colegiadas, há, em média, o decurso do prazo de 4 a 5 anos.

O dado mais alarmante da referida pesquisa diz respeito à execução das penas aplicadas, no qual verificou-se que “do total de 1,9 bilhão de reais de valores devidos por condenação judicial, apenas 2,7 milhões de reais foram efetivamente executados – o que corresponde a 0,1% do valor total”⁷. Ou seja, o índice de ressarcimento efetivo é evidentemente muito baixo, não sendo uma mera insatisfação popular, mas, sim, uma realidade.

Como corroborado pelos dados acima listados, a resposta do Poder Judiciário às ações de improbidade administrativa tarda alguns anos para ser proferida de forma definitiva. Esse longo decurso temporal gera o sentimento de frustração nos jurisdicionados, bem como uma visão de ineficiência da atuação do Poder Judiciário, fomentada pelo acompanhamento crescente da mídia que possibilita uma supervisão mais intensa dos processos pelos cidadãos.

Nesse cenário, questiona-se a ineficácia das referidas ações e possibilidades e soluções passam a ser consideradas pela doutrina, a fim de promover maior eficácia na tutela da probidade administrativa.

Dentre os instrumentos que podem ser utilizados para garantir maior eficácia nos processos, há o Compromisso de Ajustamento de Conduta, previsto na Lei de Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/1985⁸, em seu art. 5º, §6º, formalizado mediante um termo de ajustamento de conduta (TAC). Trata-se de um negócio jurídico que tem por finalidade

⁵ OLIVEIRA, Fabiana Luci de A; BARBÃO, Jaqueline. Retrato do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implicar Inelegibilidade (CNCIAI). *Revista CNJ*. Brasília, v. 2, p. 24-32., 2017.

⁶ *Ibid*, p.28.

⁷ *Ibid*, p.32.

⁸ 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: 9 out. 2019.

precípua a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, ou seja, enseja a conformidade do ato causador do dano ou lesão com a norma regente. O TAC gera um título executivo extrajudicial e funciona como um instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O compromisso de ajustamento de conduta também foi previsto pelo legislador em microssistemas específicos, tais como no art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁹, e no Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹⁰. Há também o instituto do Acordo de Leniência, previsto na Lei nº 12.846/2013¹¹, a ser celebrado com as pessoas jurídicas que desejam colaborar com as investigações e processos administrativos, podendo isentá-las de sanções civis e administrativas e reduzir a multa aplicada em até 2/3.

Ainda, há o instituto da Colaboração Premiada¹², previsto como meio de obtenção de provas no processo penal, que autoriza o magistrado a conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 a pena privativa de liberdade ou substituí-la em restritiva de direitos, desde que o colaborador tenha colaborado de forma voluntária e efetiva com a investigação e que sejam alcançados alguns resultados previstos em lei. Ou seja, até mesmo no âmbito do Direito Penal, ramo que tutela os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, é possível transacionar sem que isso seja considerado uma afronta à indisponibilidade da pretensão punitiva estatal.

Por fim, a Lei nº 13.140/2015¹³ dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e a prevê autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Em seu art. 36, *caput* e §4º, a Lei menciona expressamente a possibilidade de composição extrajudicial do conflito envolvendo a Administração Pública Federal, desde que haja anuência expressa do magistrado.

Todos os institutos descritos consistem em mecanismos que visam a solução mais célere de situações ilícitas, condutas lesivas e na responsabilização daqueles que praticam tais atos. São formas de se chegar a um resultado mais concreto, de desestimular a prática de tais

⁹ BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 8.080*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 12 set. 2019.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 12.846*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 10 ago. 2019.

¹² BRASIL. *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: 5 jun. 2019.

¹³ BRASIL. *Lei nº 13.140*, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm> Acesso em: 9 out. 2019.

condutas, inserindo um “elemento dúvida” nas relações obscuras que tanto lesam a sociedade e o patrimônio público.

Contudo, a Lei de Improbidade expressamente prevê a vedação à qualquer transação, acordo ou conciliação, nos termos do art. 17, §1º¹⁴, o que inviabiliza a aplicação desses institutos no âmbito da improbidade administrativa. Trata-se da única norma inserida no microssistema anticorrupção que apresenta essa restrição, em contramão às demais disposições.

A previsão do art. 17, §1º da Lei nº 8.429/1992 é objeto de amplo enfrentamento pelos juristas. Ainda mais porque em 2015 foi editada a Medida Provisória 703/2015, que revogava o referido parágrafo primeiro, de forma a acabar (ao menos que temporariamente) com a vedação legal à celebração de acordos. Contudo, tal medida provisória não foi convertida em lei, perdendo sua validade em 31 de maio de 2016. Desde então, o debate tornou-se ainda mais presente e relevante.

2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, CONSENSUALIDADE E OS NOVOS CONTORNOS DO PROCESSO CIVIL E DO ARTIGO 26 DA LINDB

A vedação legal contida no art. 17, §1º da Lei nº 8.429/1992 é calcada na classificação da moralidade administrativa, direito material tutelado, como um direito indisponível. Segundo os doutrinadores clássicos do direito administrativo, como Carvalho Filho¹⁵, essa vedação decorre da lógica da tutela do interesse público, sendo impossível qualquer tipo de acordo nos casos de improbidade, sob pena de violar-se o interesse público. Essa é a voz de grande parte da doutrina e ainda a posição majoritária na jurisprudência.

No ordenamento pátrio, não existe uma conceituação legal específica sobre os direitos indisponíveis. Venturi¹⁶ entende que existe uma compreensão no sentido de tratá-los como uma especial categoria de direitos cujo interesse público de efetiva proteção torna irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis por parte de seus próprios titulares. O referido autor critica com veemência a abordagem aos bens indisponíveis.

¹⁴ BRASIL. op. cit., nota 1. Art. 17, §1º: Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Ministério Público e o combate à improbidade administrativa. *Temas atuais do Ministério Público*. 4. ed. Curitiba, Jus Podivm, 2013.

¹⁶ VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? *Revista de Processo Civil (REPRO)*, v.251. São Paulo: RT, dez. 2016. Segundo Venturi: “(...) a indisponibilidade parece ter se tornado no sistema de Justiça brasileiro expressão emblemática e autoexplicativa, cuja mera menção bastaria por si mesma para justificar tanto a hiperproteção como a ultra restrição do exercício de direitos fundamentais.”

A doutrina de processo civil é firme no sentido de que a indisponibilidade do direito material tutelado, por si só, não impede a celebração de negócio jurídico processual, conforme consagrado no Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹⁷. Com o Código de Processo Civil de 2015, os novos contornos indicam uma abertura mais concreta às formas alternativas solução de conflitos, tais como a autocomposição, concretizada pela conciliação, mediação e arbitragem. Deve-se ter em mente que a transação implica em vontade bilateral e sacrifícios recíprocos, podendo ocorrer não só em uma fase anterior ao processo (visando evitar a sua instauração) mas também em qualquer fase processual, o que enseja a cognição jurisdicional a fim de que proferida uma sentença homologatória (art. 487, III, CPC/2015), conhecida pela doutrina como sentença de mérito impura, uma vez que a solução da lide se dá por auto composição.

A Administração Pública historicamente não celebra acordos ou transações, entretanto, como demonstrado anteriormente, é clara a modificação em sua postura, no sentido de admiti-los cada vez mais. Além das normas elencadas previamente, destaca-se a possibilidade de a Administração Pública se submeter à arbitragem na solução de controvérsias, nos termos do artigo 1º, §1º da Lei nº 9.307/1997¹⁸.

A Resolução nº 179/2017, emitida pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), prevê em seu art.1º§2º¹⁹ a possibilidade dos membros do Ministério Público de celebrarem Termos de Ajustamento de Conduta nas hipóteses que configuram a improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado, o que vai de encontro à vedação contida no art. 17, §1º da LIA.

A CRFB/88 atribuiu um novo perfil ao Ministério Público, atrelando-o à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A doutrina específica²⁰ entende que existem dois modelos de Ministério Público: o demandista e o resolutivo. Em seu papel demandista, é aquele que atua perante o Poder Judiciário, como

¹⁷ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciado nº. 135. *A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.* (Grupo: Negócios Processuais – art. 190, CPC/2015). Disponível em: <<http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em: 9 out.2019.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 28 set. 2019.

¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 179 de 2017*. Disponível em: Acesso em: 20 de abril de 2019. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

²⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra. *O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social*. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2019.



agente processual; já em sua feição resolutiva, atua precipuamente no plano extrajurisdicional, como um intermediador e pacificador da conflituosidade social. A convencionalidade, portanto, passa a ser uma forma de atuação efetiva do Ministério Público.

Tavares²¹ entende que o art. 17, §1º da LIA se encontra tacitamente revogado, admitindo-se o instituto da colaboração premiada no âmbito das ações de improbidade administrativa, sendo concebida como espécie de negócio processual atípico. Entretanto, não há que se falar em revogação tácita do dispositivo legal.

A recém editada Lei nº 13.655/2018 alterou significativamente a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²² (LINDB) . Dentre suas alterações, houve a inserção do artigo 26, que, segundo a doutrina²³, consiste em um novo marco à consensualidade administrativa.

O art. 26 cria um novo regime jurídico geral, que autoriza o administrador público a promover negociações com particulares, por meio de acordos e compromissos visando por fim a irregularidade, incerteza jurídica e situações contenciosas, revolucionando a celeuma que envolve a improbidade administrativa. Ademais, são estabelecidas balizas aplicáveis a tais compromissos, quais sejam: buscar uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; não conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Tais diretrizes visam conferir às negociações um caráter maior segurança jurídica, pautada pela transparência, isonomia e paridade, com o fito de atender aos interesses gerais e a maior efetividade da Administração. Além disso, servem para que seja realizado um controle da atuação do Administrador, para que não lesione o interesse público ao transacionar.

²¹ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa.p. 28 a 51. *Coletânea de artigos:avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa / 5a Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal.* – Brasília: MPF, 2018. Disponível em: <<http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/pub-licacoes>> e <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

²² BRASIL. *Decreto Lei nº4.657*, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 19 ago. 2019.

²³ GUERRA, Sergio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>> . Acesso em: 30 jul. 2019.

O compromisso contido no art. 26 da LINDB se assemelha ao compromisso de ajustamento de conduta, de modo que ambos consistem em um instrumento legal destinado a colher, do causador do dano, um título executivo extrajudicial de obrigação de fazer, mediante o qual o compromitente assume o dever de adequar sua conduta às exigências da lei, sob pena de sanções fixadas no próprio termo. A consensualidade decorrente do preceito genérico do art. 26 da LINDB deve ser fiscalizada pelo Poder Judiciário, de forma que os acordos, negociações e convenções firmados no seio das ações de improbidade administrativa sejam homologados pelo órgão jurisdicional competente e que a obrigação só seja declarada extinta com o seu devido cumprimento, devidamente comprovado nos autos.

Marques e Vêras²⁴ asseveram que, após a inserção das novas disposições na LINDB, o STJ terá a tarefa de interpretar tais normas sob três nuances: (a) a de referendar os entendimentos já consolidados pela Corte; (b) a de rever algumas posições diante da nova lei e, por fim, (c) conferir uma interpretação dos conceitos trazidos pela nova lei, que “predicam de uma integração interpretativa jurisprudencial”. Os autores entendem que o STJ deverá posicionar-se no sentido de compatibilizar o disposto no art. 17, §1º, da Lei nº8.249/1992 e o art. 26 da Lei nº13.655/18, que traz o permissivo genérico para a Administração Pública se valer de instrumentos negociais com os particulares.

3. A IMPERIOSA SUPERAÇÃO DA VEDAÇÃO LEGAL CONTIDA NO ART. 17, §1º DA LEI nº 8.249/1992

Como explicitado anteriormente, o principal fundamento para a existência da vedação legal contida na LIA é a classificação da moralidade administrativa, direito material tutelado pela referida ação, como um direito indisponível. Além disso, a doutrina entende que os legitimados ativos à propositura da ação não teriam competência para celebrarem acordos ou transações.

Parte da doutrina, inicialmente capitaneada por Emerson Garcia²⁵, admite a transação apenas quanto a forma e os prazos que dizem respeito à reparação dos danos causados ao patrimônio público e ao ressarcimento dos valores ilicitamente auferidos aos agentes

²⁴ FREITAS, Rafael Vêras de; MARQUES, Floriano de Azevedo Neto. *O STJ e os desafios na interpretação da nova LINDB*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI303289,91041O+STJ+e+os+desafios+na+interpretacao+da+nova+LINDB>> Acesso em: 22 set. 2019.

²⁵ GARCIA, Emerson. A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, v.66, p.29-82. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

envolvidos. Para o autor²⁶, a consensualidade indica a convergência de vontades em prol de um objetivo comum, podendo oscilar entre os extremos da submissão ou da plena transação, e ainda, os modelos intermediários.

Garcia sustenta que a utilização do termo de ajustamento de conduta seria compatível com o objetivo maior da lei, “aquela que persiga a adequação do comportamento do agente público à ordem jurídica, impedindo ou evitando que novos ilícitos sejam praticados ou, mesmo, combatendo seus efeitos”. Contudo, diferencia o manejo do TAC e do instituto da colaboração premiada e entende pela incompatibilidade deste segundo com a ação de improbidade administrativa, pois devido à natureza cível do ilícito e por se tratarem de âmbitos distintos, não poderia ser ampliada a disciplina geral da consensualidade aplicada ao instituto penal da colaboração premiada

Landolfo Andrade²⁷, por sua vez, entende que a interpretação literal do art. 17, §1º leva à negação absoluta da possibilidade da utilização de acordos para a aplicação das sanções político-administrativa. Para ele, as eventuais concessões do legitimado coletivo na dimensão punitiva da LIA não devem versar sobre o conteúdo dos interesses tutelados, mas sim sobre as condições em que se dará a implementação da probidade administrativa.

A doutrina entende que a inserção do art. 26 à LINDB institui uma cláusula permissiva genérica à celebração de acordos pela Administração Pública, sendo legitimado para sua propositura qualquer órgão ou ente administrativo, dispensável qualquer outra regulamentação específica.²⁸

Marçal Justen Filho²⁹ ensina que uma das primordiais características da natureza complexa do instituto da improbidade administrativa reside na submissão do sancionamento à intervenção jurisdicional, sendo imprescindível para a aplicação das sanções.

Em que pese a referida orientação doutrinária tradicional, a acepção contemporânea confere ao Ministério Público um papel significativo no cenário da improbidade administrativa atuando na propositura, elaboração e formalização dos ajustamentos de conduta com o agente ímprobo. Gláucia Mello³⁰ entende que a instituição adota um perfil resolutivo em sua atuação,

²⁶ Ibid., p.30.

²⁷ ANDRADE, Landolfo. *Autocomposição na esfera de improbidade administrativa*. 11 de abril de 2018. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/11/autocomposicao-na-esfera-de-improbidade-administrativa/>> Acesso em: 10 set. 2019.

²⁸ GUERRA; PALMA, op. cit., nota 22.

²⁹ JUSTEN, Marçal Filho. *Curso de Direito Administrativo*. 13.ed., rev., atual., e ampl.– São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 1.227, 2018.

³⁰ MELLO, Gláucia Rodrigues Torres de Oliveira. Consensualidade na improbidade administrativa: por que não? *Revista Prática Forense*; p. 44-61; vol.27. Disponível em: < WWW.ZKEDITOR.COM/PRATICA>. Acesso em: 10 jul. 2019.

deixando de lado a acepção demandista que somente abarrotava o Poder Judiciário. Deste modo, a instituição atua de forma proativa, “utilizando-se do seu poder de articulação e mecanismos extrajudiciais, evitando-se o acionamento do poder judiciário”.

Nesse sentido, há quem sustente que as Leis nº 12.846/2013 e nº12.850/2013, ao inserirem os institutos da colaboração premiada e do acordo de leniência no ordenamento jurídico brasileiro, passaram a autorizar, de forma sistemática, a extensão das convenções para o âmbito da improbidade administrativa. Contudo, a realidade demonstra que tal interpretação não vem sendo aplicada na prática, uma vez que a autocomposição ainda é vedada expressamente pela norma legal. Em razão disso, cumpre destacar movimentos no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Judiciário que representam o avanço das posições doutrinárias contemporâneas à realidade do direito.

Em 2018, foi ajuizada a ADIN 5980³¹ pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), distribuída à relatoria do Min. Celso de Mello e pendente de julgamento. Tal ação do controle concentrado visa a declaração de inconstitucionalidade da disposição do art. 17, §1º da Lei nº8.429/1992, diante da nítida contradição da vedação apresentada com as demais disposições do ordenamento jurídico pátrio, que demonstram a mudança de papel da Administração Pública.

No mesmo sentido, merece destaque o projeto de lei apresentado também no ano de 2018 (PL nº10.887/2018)³², que pretende alterar as disposições da Lei nº 8.249/1992, no qual se propõe uma previsão legislativa expressa instituindo a possibilidade de soluções consensuais entre as partes envolvidas, inserindo a possibilidade das partes requererem ao magistrado a interrupção dos prazos para a contestação, por prazo não superior a 90 dias³³, seguindo o rito previsto no Código de Processo Civil.

Além, o referido projeto de lei prevê a inclusão do art. 17-A³⁴ à Lei nº 8.429/1992, que versa sobre a possibilidade de o Ministério Público celebrar o acordo de não persecução

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.980/2018*. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5512784>>. Acesso em: 01 out. 2019.

³² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº10.887/2018*, altera a Lei nº 8.429/1992. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL+10887/2018>. Acesso em: 20 out. 2019.

³³ BRASIL. *op.cit*, nota 33. Art. 17. § 7º Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.

³⁴ *Ibidem*. Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados: I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III – o pagamento de multa. §1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso. §2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade. §3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o



cível, desde que advenham ao menos três resultados, quais sejam: (i) o integral ressarcimento do dano; (ii) a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem obtida, ainda que oriunda de agentes privados; e (iii) o pagamento de multa. Tal acordo também poderá ser celebrado no curso das ações de improbidade e as suas negociações se dariam entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e seu defensor, sendo posteriormente submetido à homologação judicial.

Caso seja aprovada a referida norma, a autocomposição poderá ser aplicada no âmbito da improbidade administrativa, desde que respeitados os contornos legais previamente estabelecidos, sendo assegurada, inclusive, a homologação da transação pelo Poder Judiciário.

Assim, a negociação no âmbito da Administração tende a trazer um positivo reflexo na concretização do interesse público, uma vez que não eximirá o agente ímprobo da obrigação do ressarcimento integral do dano, não havendo disposição sobre os interesses difusos e seu conteúdo normativo, sendo este um “núcleo irrenunciável da tutela do interesse público”, como bem sintetizado por Landolfo Andrade³⁵ no trecho a seguir:

[...] É preciso deixar bem claro esse ponto: essa negociação na esfera de improbidade não comporta, como na transação, concessões sobre o conteúdo dos direitos difusos (renúncias). A autocomposição em sede de tutela coletiva volta-se para a definição da interpretação do direito no caso concreto e das condições necessárias a sua efetividade, isto é, versará sobre a respectiva concretização e resultará, sempre, num negócio jurídico marcado pela nota da indisponibilidade dos direitos pelos legitimados coletivos, e não uma transação. [...]

A possibilidade de realização de transações, acordos ou conciliação no âmbito da improbidade administrativa garantirá maior efetividade e concretização ao instituto da improbidade, que já possui papel central no combate à corrupção e na tutela da moralidade administrativa.

Inclusive, destaca-se que as ações de improbidade estão sujeitas ao prazo prescricional nos termos do art. 23 da LIA, de modo que, se não concluídas neste prazo, ou ajuizadas em momento oportuno, a pretensão punitiva estatal se perde. Assim, as sanções de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente, perda da função pública, suspensão dos

Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor. §4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil. §5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.

³⁵ ANDRADE, op.cit.

direitos políticos, multa civil, proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios estão sujeitas ao prazo prescricional de 5 anos.

O art. 37, §4º e 5º da CRFB/88³⁶, por sua vez, consagra a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. O STF, em sede de repercussão geral³⁷, assentou o entendimento constitucional no sentido de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na LIA. Dessa feita, apenas a sanção de ressarcimento aplicada aos casos dolosos de improbidade estaria protegida pelo manto da imprescritibilidade, estando as demais sujeitas ao prazo prescricional de 5 anos, o que reduz significativamente a expectativa de recebimento de tais valores e gera a ineficiência das ações de improbidade.

Diante disso, torna-se ainda mais imperiosa a superação da vedação contida no art. 17, §1º da LIA e a consequente autorização às transações. Frise-se que a autocomposição não implica na impunidade dos agentes ímprobos, dos particulares e terceiros beneficiados. Ao contrário, visa garantir a concretização das sanções de improbidade administrativa, numa aplicação célere, antecipada, justa e que satisfaça os objetivos pretendidos na tutela do interesse público.

Portanto, consiste não só na melhor forma de recompor o patrimônio público, mas também num modelo eficaz de reprimir condutas lesivas ao erário e, consequentemente, prevenir os desgastes judiciais e batalhas intermináveis que se protraem no tempo.

CONCLUSÃO

A solução dos processos de improbidade administrativa não só se prolonga no tempo, mas também é, de certa forma, ineficaz no que diz respeito aos valores ressarcidos ao erário público. Dados estatísticos comprovam o alargamento desses processos e o baixíssimo grau de efetividade, num contexto em que apenas 0,1% dos valores devidos são devidamente recuperados pela Administração Pública. Tal cenário é prejudicial à Administração Pública, aos atores políticos e aos particulares investigados, bem como àqueles que são encarregados de coibir e fiscalizar as condutas lesivas à probidade e moralidade administrativa.

Na contramão dos demais instrumentos que compõem o microsistema anticorrupção, encontra-se a vedação contida no art. 17, §1º da Lei nº8.429/1992,

³⁶ BRASIL. op.cit., nota 3. Art. 37, §4º e 5º.

³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *RE nº 852475/SP*, Rel. orig. Min. Alexandre de Moraes, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 08/08/2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670950>>. Acesso em: 10 out. 2019.



impossibilitando a celebração de transação, acordo ou conciliação. Trata-se de uma previsão em dissonância com os diplomas legais contemporâneos, dentre eles, com ênfase no CPC/2015 e a recente alteração na LINDB, que prevê um comando geral possibilitando a celebração de transações e compromissos pela Administração Pública.

Assim, o art. 17, §1º da LIA viola frontalmente o princípio da eficiência administrativa em três aspectos distintos, uma vez que aumenta os gastos da Administração Pública com processos judiciais que podem ser desnecessários de acordo com o interesse público; provoca um inevitável alargamento temporal da lide, retardando o deslinde de ações de improbidade e, por consequência, o efetivo ressarcimento ao erário em casos que poderiam ser objeto de rápida solução através de transações; proíbe o uso de instrumento investigativo baseado em acordo ou transações.

Inclusive, destaca-se que as ações de improbidade estão sujeitas ao prazo prescricional de 5 anos, de modo que, se não concluídas neste prazo, ou ajuizadas em momento oportuno, perdem a sua pretensão. Apenas as sanções de ressarcimento ao erário, desde comprovado o dolo em sua prática, são consideradas imprescritíveis pelo Supremo Tribunal Federal. Tal fator temporal gera, ainda mais, a ineficiência das ações de improbidade. Verifica-se, portanto, um verdadeiro entrave à atuação mais eficaz e célere da Administração Pública.

Diante do atual contexto jurídico-normativo, não faz sentido algum a vedação contida na Lei de Improbidade administrativa. Claramente, a tendência e a intenção do legislador é admitir, cada vez mais, o sistema de solução consensual de conflitos, evitando, por vezes, à ida ao Judiciário.

A autocomposição tende a garantir maior concretude e efetividade às ações de improbidade, figurando com uma forma de melhor prevenir, reprimir condutas lesivas ao erário e recompor o patrimônio público já lesado. Daí, destaca-se o papel protagonista do Ministério Público e dos demais legitimados ativos às ações de improbidade administrativa. Inclusive, entende-se que a própria Administração Pública, com fulcro no art. 26 da LINDB poderá, a qualquer tempo, estabelecer compromissos que atinjam o objetivo de uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais.

Para os legitimados à propositura da ação de improbidade, a negociação deve cingir-se à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados.

Após, os acordos devem ser submetidos à homologação do juízo competente, justamente no intuito de se concretizar a eficiência processual e evitar gastos indevidos com a morosidade do processo sem, contudo, perder a qualidade e justiça das decisões judiciais.

Por fim, deve-se ponderar que a negociação na esfera da improbidade administrativa não comporta concessões sobre o conteúdo dos direitos difusos, resultando em um negócio jurídico cujo núcleo central é a indisponibilidade dos direitos pelos legitimados coletivos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. *O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social*. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2019.

ANDRADE, Landolfo. *Autocomposição na esfera de improbidade administrativa*. 11 de abril de 2018. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/11/autocomposicao-na-esfera-de-improbi-dade-administrativa/>> Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.887/2018*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filena-me=PL+10887/2018>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Resolução nº 44, de 20 de novembro de 2007*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_44.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Resolução nº 179 de 2017*. Disponível em: Acesso em: 20 de abril de 2019. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>> Acesso em: 21 abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 25 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 30 mai. 2019.

_____. *Decreto Lei nº 4.657*, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm> Acesso em: 9 out. 2019.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. *Lei nº 8.080*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 12 set. 2019.



_____. *Lei nº 8.429*, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. *Lei nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm> Acesso em: 28 set. 2019.

_____. *Lei nº 12.846*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12846.htm>. Acesso em: 10 ago. 2019.

_____. *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: 5 jun. 2019.

_____. *Lei nº 13.140*, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm> Acesso em: 9 out. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *O Ministério Público e o combate à improbidade administrativa*. Temas atuais do Ministério Público. 4. ed. Curitiba. Jus Podivm, 2013.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Rio de Janeiro, maio de 2014.

FREITAS, Rafael Vêras de; MARQUES, Floriano de Azevedo Neto. *O STJ e os desafios na interpretação da nova LINDB*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI303289,910410+STJ+e+os+desafios+na+interpretacao+da+nova+LINDB>> Acesso em: 22 set. 2019.

GARCIA, Emerson. A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, v.66, p.29-82. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

_____. Improbidade é sinônimo de desonestidade? P.16-27. In *Coletânea de artigos :avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa - 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal*. – Brasília: MPF, 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>> . Acesso em: 30 jul. 2019.

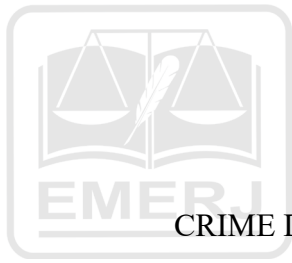
JUSTEN, Marçal Filho. *Curso de Direito Administrativo*. 13.ed., rev., atual., e ampl.– São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MELLO, Gláucia Rodrigues Torres de Oliveira. Consensualidade na improbidade administrativa: por que não? *Revista Prática Forense*; v.27;p. 44-61. Disponível em: <www.zkeditora.com/pratica>. Acesso em: 10 jul. 2019.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de A; BARBÃO, Jaqueline. Retrato do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI). *Revista CNJ*. Brasília, v. 2, p. 24-32., 2017.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. *Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa / 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal*. – Brasília: MPF, 2018. Disponível em <<http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/pub-licacoes>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? *Revista de Processo Civil (REPRO)*, v.251. São Paulo: RT, dez. 2016.



CRIME DE FURTO: A INSIGNIFICÂNCIA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Gabriela Ribeiro Fanti Nassar

Graduada pela FGV Direito Rio. Advogada.

Resumo – O princípio da insignificância tem o objetivo de afastar a tipicidade penal examinada do ponto de vista de seu caráter material e deve ser analisado em conexão com os princípios da fragmentariedade, intervenção mínima, subsidiariedade e proporcionalidade. Afinal, sendo o direito penal considerado a *ultima ratio* não se deve ocupar de condutas que produzam resultados ínfimos, insignificantes. Em 2004, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu os vetores que legitimam a aplicação do princípio da bagatela. A essência do trabalho é analisar como o princípio da insignificância vem sendo aplicado pela Suprema Corte no crime de furto.

Palavras-chave – Direito Penal. Princípio da insignificância. Supremo Tribunal Federal. Crime de Furto

Sumário – Introdução. 1. Princípio da insignificância: seus fundamentos e seu âmbito de incidência. 2. Aplicação do princípio da insignificância em diversos crimes: uma tendência? 3. Controvérsia em relação ao parâmetro utilizado para aplicar o princípio da insignificância no crime de furto. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe o estudo da aplicação do princípio da insignificância no crime de furto e tem como objetivo analisar e confrontar a posição do Supremo Tribunal Federal frente ao princípio da bagatela no delito mencionado.

Procura-se comprovar que a ausência de critérios objetivos para se aplicar o referido princípio no caso concreto gera insegurança jurídica, o que resulta na necessidade de uma revisão pela doutrina e jurisprudência do referido instituto para sua correta aplicação.

Além de propor essa nova abordagem sobre o tema, este trabalho se justifica pela necessidade de se concluir sobre os limites de aplicação do Direito Penal, que sendo o ramo mais severo, só deve ser aplicado quando os outros ramos do direito não se mostram suficientes para garantir uma convivência pacífica da sociedade.

Neste sentido e devido a sua natureza fragmentária o direito penal só protege determinadas condutas que o legislador considera mais relevantes, necessárias e merecedoras da punição estatal.

No entanto, dentre essas condutas selecionadas pelo legislador mesmo aquelas que não se mostram relevantes e causadoras de uma significativa lesão ao bem juridicamente protegido devem ser punidas?

Em última instância, considerar a aplicabilidade do princípio da insignificância a determinadas condutas significa afirmar que tal conduta é ou não é crime, ensejando ou não a tutela punitiva do Direito Penal.

Dessa forma, se mostra extremamente relevante a discussão do tema, para que se compreenda de forma mais clara os limites e parâmetros da punibilidade, evitando assim que o Direito Penal não seja usado de maneira a desvirtuar-se da sua real destinação.

Deve-se atentar para o fato de que o princípio da insignificância configura-se como um importante instrumento de política criminal, assunto este que merece uma especial atenção em decorrência da situação calamitosa do sistema carcerário brasileiro.

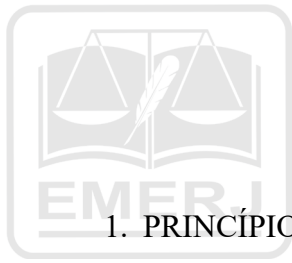
Como metodologia, por meio de raciocínio indutivo, com a análise detida de exemplos citados pela doutrina e precedentes da Suprema Corte, será possível alcançar uma conclusão sobre o tema. Com isso, tem-se que a pesquisa é evidentemente qualitativa.

Assim, inicialmente, no primeiro capítulo deste artigo será analisado o princípio da insignificância, desde sua origem para que se entenda os vetores que norteiam a bagatela. Com isso, pretende-se demonstrar os fundamentos do mencionado princípio dentro da esfera da fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal.

No segundo capítulo, será feita a apresentação da construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao princípio da insignificância de uma forma geral. Dessa forma, será demonstrado sob quais critérios e fundamentos o princípio vem sendo aplicado em diversos crimes.

Por fim, no terceiro capítulo, serão apresentados precedentes recentes do Supremo Tribunal Federal em que foi apreciada a insignificância no delito de furto. Pretende-se analisar as incoerências, ausência de critérios objetivos e especificidades da aplicação do mencionado princípio do furto para posteriormente ser apontada a ausência de consensos firmes e imprevisibilidade que permeiam as decisões judiciais desde o ano de 2004, que foi considerado marco inicial para a aplicação do mencionado princípio.

Por meio da análise dos precedentes da Suprema Corte, busca-se concluir sobre o cenário da incerteza gerada pela falta de parâmetros fixos de aplicação do princípio. Assim, será possível a reflexão acerca das discussões.



1. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: SEUS FUNDAMENTOS E SEU ÂMBITO DE INCIDÊNCIA

Nas mais variadas doutrinas de Direito Penal se encontra a tese de que o Direito Penal tem a finalidade de proteger os bens mais importantes e imprescindíveis para uma convivência pacífica da sociedade, buscando sempre a paz social.

Destaca-se que, além de inviável não cabe ao Direito Penal interferir em toda e qualquer conduta típica que ocorra. Sendo assim, o legislador levando em consideração o momento em que a sociedade vive, escolhe as condutas tanto as comissivas quanto as omissivas, que estarão sujeitas a tutela do Direito Penal, para que o Estado por meio de seu poder *ius puniendi* aplique a sanção penal ao indivíduo que contrariar o disposto em lei¹.

O Direito Penal sendo o ramo do direito com a sanção mais severa deve incidir somente nas condutas que causam lesões significativas aos bens jurídicos de maior relevância. Neste sentido, Cezar Bitencourt afirma que “o direito penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí seu caráter fragmentário”.²

Neste sentido, o Direito Penal se apresenta como a *ultima ratio*, tendo em vista que ele só deverá entrar em cena quando outro ramo do direito se mostrar incapaz de proteger devidamente os bens jurídicos.

A partir daí surge o caráter subsidiário do Direito Penal, pois a função precípua deste ramo do direito é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Bitencourt explica que essa concepção do Direito Penal em torno da tutela de bens jurídicos funciona como limitador do *ius puniendi* estatal, pois ao mesmo tempo que funciona como um fio condutor para fundamentação e limitação da criação dos tipos penais, auxilia na aplicação dos tipos penais descritos na Parte Especial do Código Penal, orientando a sua interpretação e o limite do âmbito da punibilidade.³

Conforme, também preleciona Rogério Sanches⁴:

O direito penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário, de modo que a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle (caráter subsidiário), observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter fragmentário).

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito penal: parte geral*. 11. ed.atual.v.1. São Paulo: Saraiva. p. 22,23.

² *Ibidem*, p. 14.

³ *Ibidem*, p. 43.

⁴ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm. 2016, p. 69,70.

Em razão da dignidade da pessoa humana, corolário do nosso ordenamento jurídico e, também de diversos outros direitos fundamentais previstos ao longo do artigo 5º da Constituição Federal, se deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que deve haver uma adequação entre a gravidade da lesão e a pena aplicada.

Deve existir uma proporcionalidade entre a lesão causada e a sanção a ser aplicada. Sendo assim, a sanção da privação de liberdade deverá ser imposta pelo intérprete da lei quando se busca proteger um bem da mesma relevância da liberdade. Ainda sim, mesmo que o bem seja tão valioso quanto a liberdade, não devemos deixar de lado a lesão causada, por isso caso a lesão seja inexpressiva medidas menos gravosas devem ser aplicadas.

Além disso, os operadores do direito diante das circunstâncias do caso concreto devem verificar o quanto a sanção penal se torna indispensável para proteger o bem jurídico e, até mesmo coibir novas condutas frente ao dano causado, pois ainda que típica a conduta, se inexpressiva a lesão a pena seria desproporcional e, portanto, não deveria ser aplicada.

A partir deste cenário, em que o direito penal se caracteriza pela subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade é que se insere a discussão sobre o princípio da insignificância.

Como já foi dito, o legislador através de um critério político, elabora os tipos penais para proteger os bens jurídicos. Dessa forma, engloba todas as condutas que possuem o potencial de gerar significantes prejuízos a ordem social.

Ora, será que todas essas condutas tipificadas como crime devem ser punidas penalmente?

É a partir desse questionamento que o princípio da insignificância formulado por Claus Roxin se insere no ordenamento jurídico Brasileiro com a finalidade de afastar a incidência da norma penal nas situações que ofendem de forma desprezível o bem jurídico.

Segundo Carlos Vico Mañas⁵:

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente o prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar também que sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, como o significado sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullumcrimensinelege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

⁵ MAÑAS, apud GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 72.



Diante do exposto, pode-se extrair que ainda que haja a subsunção da conduta do agente a norma em abstrato, não haverá a responsabilização do indivíduo em razão da ausência de ofensa concreta e relevante ao bem jurídico. Sendo assim, verifica-se que o mencionado princípio incide na tipicidade material, ou seja, na efetiva lesividade do bem jurídico.

Hoje em dia a tipicidade penal é analisada sob o aspecto formal- que é a subsunção da conduta à norma penal- aliado a tipicidade conglobante. Por sua vez, a tipicidade conglobante possui duas dimensões: (i) “se a conduta representa relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico (tipicidade material) e (ii) se a conduta é determinada ou fomentada pelo direito penal (antinormatividade).⁶

Dessa forma, o princípio da bagatela atua como uma técnica de interpretação restritiva do tipo penal diante do caso concreto, pois o mero fato da conduta ser típica, ou seja, esta formalmente prevista em lei não enseja a punição penal. Isso porque, a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico é tão ínfimo que não merece ser tutelado pelo Direito Penal.

2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM DIVERSOS CRIMES: UMA TENDÊNCIA?

Certo é que não há previsão constitucional, nem infraconstitucional do princípio da insignificância. Sua existência decorre de construções da doutrina e da jurisprudência. Sendo assim, faz-se necessário, analisar de uma forma geral como o princípio vem sendo aplicado e o que fundamenta a sua aplicação em diversos crimes.

No ano de 2004, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal no HC nº 84.412⁷, que teve como relator o Ministro Celso de Mello, definiu os critérios para nortear a aplicação do mencionado princípio. A partir desse julgado condutas que antes eram típicas passam a ser atípicas por não afetarem significativamente os bens jurídicos mais relevantes.

Atenta-se para o fato de que o referido HC não foi o primeiro a falar sobre o princípio da bagatela, mas é tido por muitos como paradigmático em razão dos critérios objetivos estabelecidos para aplicação do instituto.

⁶ CUNHA, op.cit., p. 71

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.412/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884412%2EENUME%2E+OU+84412%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y3bh2orh>>. Acesso em: 18 set.19

De acordo com a Suprema corte⁸ para que se caracterize a insignificância de uma conduta é necessário que estejam presentes quatro requisitos, quais sejam: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Conforme será demonstrado a seguir, na maioria dos casos não há uma uniformização da jurisprudência para que se aplique o referido princípio. Verifica-se que a Suprema Corte se atém a analisar a especificidades de cada crime, ou seja, a forma como a conduta ilícita foi cometida, o bem jurídico tutelado, como também as questões subjetivas do agente, como por exemplo a reincidência e as características pessoais do agente.

Para exemplificar, destaca-se o HC n° 141.440, Agr/MG em que o Supremo Tribunal Federal⁹, ainda que constasse em desfavor do réu outra ação penal, em trâmite, pelo mesmo crime o que, em regra, é um critério que afasta a incidência do instituto, acabou aplicando o princípio da insignificância com o fundamento nos seguintes argumentos: (i) as peculiaridades do caso concreto justificam a aplicação do princípio, em razão do princípio da proporcionalidade; (ii) o valor do bem é inexpressivo e não houve o emprego de violência e (iii) a hipótese dos autos é de crime famélico.

Nos crimes fiscais, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que quando o débito tributário não ultrapassar o limite de 20 mil reais estipulado pela Lei n° 10.522/2002 (com as atualizações das portarias n. 75 e 130 ambas do Ministério da Fazenda) aplica-se o referido princípio, pois se a máquina administrativa, ou seja, a Fazenda Pública, não vai executar os débitos inscritos como dívida ativa da União, não há que se falar em punição no âmbito do judiciário¹⁰.

Destaca-se que esse valor de 20 mil reais, nada mais é do que um parâmetro a ser utilizado nas decisões. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal “falta justa causa para ação penal por crime de descaminho quando a quantia sonegada não ultrapassar o valor estabelecido no referido dispositivo, aplicando-se o princípio da insignificância”¹¹.

⁸ Ibidem.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 141440/Agr MG*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5146423>>. Acesso em: 02 set.2019

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 100177/PR*. Relator: Ministro Ayres de Britto. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11978>>. Acesso em: 15 nov.2019

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 112.772/PR*, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28112772%2EENUME%2E+OU+112772%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2pa9byb>>. Acesso em: 02 set.2019

No entanto, mesmo que presente este critério objetivo e que o princípio da insignificância esteja diretamente ligado a tipicidade material da conduta, ou seja, só devem ser levadas em consideração questões objetivas, o valor deixa de ser parâmetro decisivo e abre espaço para que questões subjetivas prevaleçam sobre o mesmo. Por conseguinte, fundamentos como reincidência, medida socialmente recomendável, habitualidade delitiva específica e alto grau de periculosidade do agente afastam a aplicação do princípio¹².

Neste sentido, até mesmo no crime de descaminho em que já foi estabelecido um parâmetro objetivo, qual seja 20 mil reais, o Supremo Tribunal Federal deixou de aplicar o princípio da insignificância em razão da personalidade do agente, conforme se verifica no seguinte trecho retirado do HC nº 144463 AgR/DF¹³:

[...] II - A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que o princípio da insignificância deverá ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 11.033/2004, ressalvada a habitualidade criminosa, que impede a aplicação desse princípio, em razão do elevado grau de reprovabilidade da conduta do agente. III - Na hipótese, tenho que, demonstrada a habitualidade criminosa, não há falar em atipicidade da conduta das pacientes, que dão mostras de que fazem da prática do crime de descaminho os seus *modus vivendi*, o que não pode ser tolerado pela ordem jurídica.

Nos crimes ambientais, o marco inicial para aplicação do princípio da insignificância ocorreu em 2012, no HC 112563/SC, caso em que foi desconstituída a tipicidade material do crime. No caso em tela, ainda que a conduta era considerada reprovável e o agente tinha um histórico que apontava para reiteração criminosa, foi aplicado o princípio em razão da desproporcionalidade da conduta, bem jurídico e resultado¹⁴.

Em regra, a jurisprudência da Suprema Corte entende ser possível aplicar o princípio no que tange aos crimes ambientais desde que demonstrada a ínfima ofensividade ao bem tutelado¹⁵.

No acórdão que aqui se destaca não foi aplicado o princípio da insignificância em razão da lesividade do meio ambiente¹⁶:

¹² NASSAR, Gabriela Ribeiro Fanti. *A insignificância do descaminho e do furto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2015. 47 f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito). Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015, p. 24,25.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 144463 AgR/DF*, Relator(a): Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5198957> >. Acesso em: 15 nov.2019

¹⁴ NASSAR, op.cit., p. 20

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *INQ nº 3788*, Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4478588> >. Acesso em: 16 out.2019.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 135404/PR*, Relator(a): Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13268738> >. Acesso em: 16 out.2019.

[...]A quantidade de peixes apreendida em poder do paciente no momento em que foi detido, fruto da pesca realizada em local proibido e por meio da utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos, como no caso dos autos, lesou o meio ambiente, colocando em risco o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que impede o reconhecimento da atipicidade da conduta [...].

Nos crimes de roubo é cristalino o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que não é possível aplicar o princípio da bagatela nos crimes praticados mediante violência ou grave ameaça.

Neste sentido, destaca-se a inaplicabilidade do mencionado princípio nos crimes praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas. Conforme a jurisprudência “o princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto”¹⁷.

Nos crimes previdenciários, a grande questão para inibir a incidência do princípio gira em torno do fato de que a lesividade da conduta transcende o âmbito individual e acaba por atingir a esfera coletiva. O crime previdenciário acaba por contribuir negativamente com o déficit da previdência, prejudicando assim, os pagamentos dos demais cidadãos brasileiros¹⁸.

Diante de todo o exposto e, como já mencionado, constata-se uma variabilidade enorme de critérios escolhidos diante da especificidade de cada caso concreto.

3. CONTROVÉRSIA EM RELAÇÃO AO PARÂMETRO UTILIZADO PARA APLICAR O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE FURTO

O princípio da insignificância tornou-se um grande instrumento de política criminal do Direito Penal, sendo gradualmente reconhecido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, inclusive do Supremo Tribunal Federal. É perceptível a tendência do aumento do número de casos que chegam na Suprema Corte alegando o princípio da bagatela.

No entanto, ainda que os números indiquem uma maior discussão da Suprema Corte a respeito do tema, a controvérsia sobre qual critério utilizar para nortear a aplicação do princípio bagatela ainda existe e é bastante relevante. Isto porque, a aplicação ou não do princípio da

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC n° 133043/MS*, Relator(a): Ministra Cármen lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28133043%2E+OU+133043%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yy8k3r64>>. Acesso em: 02 set.2019.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 102550/PR*, Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3826635>>. Acesso em: 02 set.2019.



insignificância repercute não só no âmbito do poder judiciário, mas também no sistema carcerário brasileiro, que por sua vez apresenta inúmeros problemas o que torna ainda mais importante o estudo do mencionado princípio.

Desde 2009 pesquisas¹⁹ demonstraram que as decisões do Supremo Tribunal Federal variavam muito em relação ao critério utilizado, ou seja, mesmo depois de definidos os critérios pela Suprema Corte no HC nº 84.412²⁰ o referido tribunal proferia decisões com fundamentos diversos para conceder ou denegar a ordem referente ao princípio da insignificância.

No período de 2009 a 2014 foi verificado que as decisões do Supremo Tribunal Federal variavam muito e a razão disso estava no fato de que os operadores do direito não levavam em consideração somente o valor ou os aspectos objetivos, mas também as circunstâncias do caso concreto e as características pessoais do agente²¹.

Quanto ao valor, durante esse período, muito se discutiu para se estabelecer um valor fixo como ocorre no crime de descaminho, mas o que ocorria na maioria das vezes era uma comparação entre o valor da *res furtiva* com o salário mínimo no momento do julgamento²².

Neste contexto, destaca-se a seguinte passagem do HC nº 118.320/ES²³:

[...]Não se há cogitar da incidência do princípio da insignificância: valor subtraído de R\$171,80 representa 36,94% de R\$ 465,00, salário mínimo da época dos fatos; assentamento pelas as instâncias ordinárias de que o Paciente, embora não seja tecnicamente reincidente, responde a processos da mesma natureza, demonstrando propensão à prática delitiva [...].

No mais, em alguns julgados foi constatado que não se levava em consideração se a conduta e o resultado provocado pelo agente se enquadrava nos vetores estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal²⁴, quais sejam: (i) a mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) a nenhuma periculosidade social da ação; (iii) o reduzíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Pelo contrário, as decisões analisavam: (i) as circunstâncias em que o crime tinha sido cometido, se praticado mediante violência ou grave ameaça; (ii) se o bem tinha sido restituído

¹⁹ NASSAR, Gabriela Ribeiro Fanti. *A insignificância do descaminho e do furto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2015. 47 f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito). Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015, p. 28,29.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.412/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello . Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884412%2E%2E+OU+84412%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y3bh2orh>>. Acesso em: 18 set.19

²¹ NASSAR, op.cit., p. 28,29.

²² Ibidem, p. 27,28

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 118.320/ES*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4840329>>. Acesso em: 18 set.2019

²⁴ BRASIL, op. cit., nota16.

ou não; (iii) a personalidade do agente, se era reincidente ou não com a finalidade de averiguar se o réu era um infrator contumaz²⁵.

Não obstante, esse entendimento não é pacífico na jurisprudência, pois existem acórdãos em que a questão subjetiva não era analisada. O ministro Gilmar Mendes²⁶ afirma que:

É que, para a aplicação do princípio em comento, somente aspectos de ordem objetiva do fato devem ser analisados. E não poderia ser diferente. É que, levando-se em conta que o princípio da insignificância atua como verdadeira causa de exclusão da própria tipicidade, equivocado é afastar-lhe a incidência tão somente pelo fato de o paciente ser reincidente. Partindo-se do raciocínio de que crime é fato típico e antijurídico – ou, para outros, fato típico, antijurídico e culpável –, é certo que, uma vez excluído o fato típico, não há sequer que se falar em crime.

Atualmente este cenário de inconstâncias de critérios nas decisões que analisam o princípio da bagatela se manteve.

Julgados recentes da Suprema Corte aplicam o entendimento de que a reincidência e contumácia delitiva devem ser levados em consideração e, portanto, impedem a aplicação do princípio da insignificância.

Nesta esteira, pode-se destacar o seguinte trecho do voto do Ministro Luiz Fux no HC nº 158.828/MG²⁷:

[...] a aplicação do princípio da insignificância demanda um juízo amplo, que não se traduz no simples resultado material da conduta, e que, em determinadas hipóteses, sendo ínfimo o valor da coisa, a reiteração delitiva deve ser levada em consideração, podendo acarretar o afastamento do reconhecimento do crime de bagatela [...].

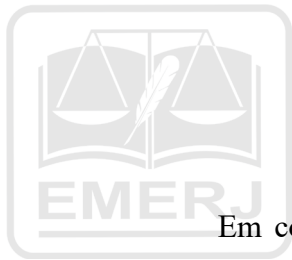
Ao levar em consideração os aspectos subjetivos e todas as circunstâncias do caso concreto, os operadores do direito buscam, na verdade, impedir que ações formalmente típicas se tornem lícitas e ausentes de qualquer repressão estatal. Pretende-se evitar que o agente contumaz na prática delituosa adote a prática de condutas que gerem resultados ínfimos como estilo de vida²⁸.

²⁵ NASSAR, op.cit., p. 28,29.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 108.872/RS*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1467205>>. Acesso em: 18 set.2019

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 158.828 AgReg/MG*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748473385>>. Acesso em: 18 set.2019

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 135164/MT*. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750446714>>. Acesso em: 15 nov.2019



Em contrapartida, há jurisprudência no sentido de que a reincidência não deve ser analisada, mas tão somente os aspectos objetivos. Conforme se verifica no HC nº 161.074 AGR²⁹:

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Furto tentado. Um frasco de desodorante, uma caixa de neosaldina e um sabonete líquido, avaliados em R\$ 30,00, restituídos ao estabelecimento comercial. 3. Reincidência. 4. Princípio da Insignificância. 5. Incidência. 6. Possibilidade. 7. Precedentes: Plenário no julgamento conjunto dos HCs 123.108, 123.533 e 123.734, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 1º.2.2016. 8. Negativa de provimento ao agravo regimental. (HC 161074 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 12/11/2018, public 30-11-2018)

Vale destacar que muitos julgados aplicam o entendimento consolidado no HC nº 123.734/MG de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso³⁰ que firmou as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2, c do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.

Neste contexto, na hipótese do paciente ser reincidente, mas em razão do reduzido grau de reprovabilidade (vetor do princípio da insignificância) aplica-se um regime mais brando. Conclui-se, portanto, que se leva em consideração tanto aspectos subjetivos quanto objetivos para se proferir a decisão, pois o critério objetivo ensejou a aplicação de um regime para início de cumprimento de pena mais benéfico para o réu.³¹

Diante de todo o exposto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal ao longo de uma década ainda não conseguiu firmar um critério predominante para nortear a aplicação do princípio da insignificância. São inúmeras decisões que divergem entre fundamentos e critérios utilizados perante o caso concreto.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 161.074 AGR/MG*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748762193>>. Acesso em: 18 set.2019

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 123.734/MG*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10179638>>. Acesso em: 18 set.2019

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 143.511/SC*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5182032>>. Acesso em: 16 out.2019.

CONCLUSÃO

É crescente o número de casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal com a finalidade de discutir a aplicação do princípio da insignificância. Não obstante essa quantidade expressiva de casos, a Suprema Corte não definiu nenhum critério objetivo que seja decisivo e, que predomine sobre todos os outros para que seja possível a aplicação do princípio da bagatela.

Ainda que o STF em 2004 tenha estabelecido os vetores para aplicação do princípio em tela, da análise das decisões verifica-se que estes continuam sendo citados, porém a corte exige outros requisitos para o reconhecimento do princípio, tais como reincidência, personalidade do agente e circunstâncias do caso concreto.

Neste sentido, indaga-se: se o princípio da insignificância está diretamente ligado a tipicidade da conduta porque levar em consideração circunstâncias alheias a lesividade do resultado?

Constata-se que há uma junção de critérios subjetivos e objetivos para aplicação do princípio da bagatela, o que significa dizer que a análise acontece tanto no âmbito da tipicidade quanto no da culpabilidade ou somente no campo da culpabilidade quando a reincidência se torna um critério predominante.

Diante da diversidade de critérios que fundamentam a aplicação ou não do princípio em discussão, o que se depreende é que há a necessidade de revisão do instituto, tendo em vista que para a sua aplicação deve ser analisada somente se a conduta afetou ou não de forma significativa o bem. Atenta-se aqui para o fato de que a ausência de critérios gera insegurança jurídica e imprevisibilidade das decisões.

Deve-se ressaltar que o princípio da insignificância desempenha um importante papel no ordenamento jurídico brasileiro, isto porque é um instrumento de política criminal. O mencionado princípio exerce uma forte e significativa influência sobre a seletividade e o sistema carcerário brasileiro que é bastante precário.

Neste contexto, a jurisprudência não poder ignorar a realidade. Os operadores do direito, sem se despreocupar com os deveres de proteção do Estado para com a sociedade devem se pautar em entendimentos que não sobrecarreguem ainda mais o sistema e, que acima de tudo, imponham aos apenados penas proporcionais.

No mais, considerando a importância do Supremo Tribunal federal na uniformização da jurisprudência, conclui-se que a Suprema Corte deve rever a forma como aplica o referido instituto para que a jurisprudência se consolide. Isso porque, as instâncias inferiores se baseiam



nas decisões da referida corte e, portanto, o número de decisões diametralmente opostas acaba sendo maior.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito penal*: parte geral, 11. ed. v.1. Atual. São Paulo: Saraiva.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.412/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226200>>. Acesso em: 30 set.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 141440/Agr MG*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5146423>> acesso em: 02 set.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 112.772/PR*, Relator: Ministro. Ricardo Lewandowski. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28112772%2E+OU+112772%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2pa9byb>>. Acesso em: 02 set.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 100177/PR*. Relator: Ministro Ayres de Britto. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11978>>. Acesso em: 15 nov.2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 133043/MS*, Relator(a): Ministra Cármen lúcia. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4929151>>. Acesso: 30 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 118.320/ES*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4423713>> . Acesso em: 18 set.2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 144.463 AgR/DF*, Relator(a): Ricardo Lewandowski. Disponível em:< <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5198957>>. Acesso em: 15 nov.2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 102550/PR*, Relator: Ministro Luiz Fux; disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3826635>> acesso em: 02.set.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 135404/PR*, Relator(a): Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13268738>>. Acesso em: 16 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 108.872/RS*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4093582>>. Acesso em: 30 set.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 158.828 AgReg/MG*. Relator: Luiz Fux. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5495170>>. Acesso em: 30 set.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 161.074 AGR/MG*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5528218>>. Acesso em: 30.set.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 135164/MT*. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750446714>>. Acesso em: 15.nov.2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 123.734/MG*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4617538> >. Acesso em: 30 set.2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm. 2016.

MAÑAS, apud GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

NASSAR, Gabriela Ribeiro Fanti. *A insignificância do descaminho e do furto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2015. 47 f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.



POLÍTICAS PÚBLICAS, ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS E O ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL E PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Gabriella Desiderio de Britto

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

Resumo – O princípio da separação dos poderes é o pilar do Estado Democrático de Direito, uma vez que aquele titulariza a distribuição funcional de competência constitucionalmente disposta. Contudo, nos últimos anos, foi possível analisar uma tendência de judicialização de políticas públicas e de questões constitucionais, sobretudo no que toca os direitos fundamentais e sociais acarretando, por corolário, o fenômeno do ativismo judicial. O presente trabalho visa analisar se o ativismo ensejou um empoderamento do Poder Judiciário, bem como, possíveis rupturas ao sistema constitucional da separação dos poderes ao se atribuir a este um superpoder. Portanto, o escopo deste artigo é analisar os limites do ativismo judicial e parâmetros para os magistrados no julgamento dos casos concretos sob uma ótica neoconstitucionalista.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Princípio da Separação dos Poderes. Judicialização da Política. Ativismo Judicial. Substancialismo versus Procedimentalismo. Efetivação do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Sumário – Introdução. 1. Atuação do Judiciário na concretização de políticas públicas: balizas da atuação jurisdicional sob as perspectivas substancialistas e procedimentalistas. 2. A valorização de precedentes judiciais e o núcleo essencial dos direitos fundamentais sob a ótica do *Civil Law*. 3. Neoconstitucionalismo no Brasil como corolário do ativismo judicial e a influência do microsistema de precedentes na autocontenção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda tema ligado à atuação do Judiciário na concretização de políticas públicas sob as perspectivas da reserva do possível versus a máxima efetividade do núcleo essencial dos direitos fundamentais e a postura do Poder Judiciário dentre tais paradigmas. O objetivo do presente estudo é analisar os limites da ingerência do Poder Judiciário como figura concretista das normas constitucionais e o princípio da separação dos poderes.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a partir de um viés neoconstitucionalista, a fim de observar a tendência de ativismo judicial, no qual há um papel diretivo com valorização do conteúdo material da Constituição, ou seja, o Judiciário passa a

concretizar valores fundamentais presentes na Constituição, pautado na ideia de Supremacia desta.

Malgrado, a decretação pelo Supremo Tribunal Federal do Estado de Coisas Inconstitucionais no que tange o sistema carcerário brasileiro e o Sistema Único de Saúde – SUS, demonstra que este ainda não possui uma posição concreta acerca dos limites da sua atuação para concretização de direitos fundamentais, tendo por vezes decisões procedimentalistas – visando apenas tutelar tais direitos e outras substancialista – quando concretiza direitos fundamentais na prática.

O tema é controvertido posto que atualmente muito se discute acerca dos limites da separação dos poderes e a ingerência de um poder no outro.

Para melhor compreensão do tema, o presente artigo visa realizar uma análise crítica daquilo que alguns autores chamam de ativismo judicial, ou seja, a possibilidade do Poder Judiciário participar na elaboração ou na concretização de políticas públicas e o limite de tal ativismo na separação dos poderes.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o conceito e a finalidade do princípio da separação dos poderes, bem como, a atuação do Judiciário na concretização de políticas públicas: balizas da atuação jurisdicional sob as perspectivas substancialistas e procedimentalistas.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, sob uma perspectiva de valorização de precedentes judiciais e a concretizar axiomas presentes na Carta Magna acerca da existência de uma incumbência ao Poder Judiciário de parte do Poder legiferante e sua capacidade de modificação na estrutura jurídica do Civil Law.

O terceiro capítulo objetiva refletir a influência do Neoconstitucionalismo na postura ativista do Poder Judiciário brasileiro, bem como, a correlação de tal instituto com o microsistema de precedentes judiciais como cerne da autocontenção capaz de balizar a atuação judicial.

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.

Nesse diapasão, o presente artigo tem como escopo realizar uma análise argumentativa daquilo que alguns autores chamam de ativismo judicial, bem como do fenômeno da judicialização da política, com o fito de comprovar sua imprescindibilidade no panorama jurídico-político atual, todavia, com a apresentação de parâmetros para atuação judicial.



1. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: BALIZAS DA ATUAÇÃO JURISDICCIONAL SOB AS PERSPECTIVAS SUBSTANCIALISTAS E PROCEDIMENTALISTAS

Para iniciar à análise do tema em epígrafe, demonstra-se imprescindível que se parta de um exame acerca da distribuição de competência atribuída constitucionalmente pelo Poder Constituinte Originário, a fim de se compreender a essencialidade da tripartição de poderes para um Estado Democrático de Direito e os limites da ingerência de cada Poder que consubstancia o sistema de freios e contrapesos.

A fim de uma breve contextualização histórica, a existência das funções administrativa, legislativa e judiciária foi originalmente concebida por Aristóteles, o qual descrevia a existência das três funções a serem exercidas pelo Estado. Contudo, o filósofo defendia que tais funções deveriam se concentrar na mão de uma única pessoa, consubstanciada na figura do Governante. Posteriormente, Montesquieu¹ analisou, a partir deste conceito inicial teorizado por Aristóteles que, de certo, há três funções distintas a serem exercidas pelo Estado, contudo, diferentemente da ideia absolutista consagrada por Aristóteles, deveria haver a repartição funcional do poder por diferentes Órgãos ou pessoas, com a designação de funções típicas a cada um deles, nascendo a ideia basilar para os sistemas democráticos concernente a tripartição de poderes².

No que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, a separação dos poderes está positivada no art. 2º, da CRFB/1988³, explicitamente descrevendo que tais poderes são "independentes e harmônicos entre si", assim, cada Órgão exerce sua função típica e as funções atípicas previstas constitucionalmente, uma vez que estas são indelegáveis sem previsão expressa na Magna Carta, com o escopo de observar o princípio da indelegabilidade de atribuições. Como explica Pedro Lenza⁴ "Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas) e, diretamente, quando houver delegação por parte do Poder Constituinte Originário [...]".

¹MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

²LENZA, *Direito Constitucional Esquematizado*®. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 543-544.

³BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

⁴LENZA, op.cit., p. 549.

Assim, observa-se que a tutela dos limites da separação dos poderes, demonstra-se imprescindível na garantia da estabilidade democrática, com o escopo de obstar a supervalorização de um dos poderes em detrimento dos demais, sobretudo, primordialmente sob a ótica da atuação judicial. Não obstante, quando da análise do contexto apresentado no Brasil atualmente, observa-se uma atuação mais proativa do Poder Judiciário, como por exemplo, o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do Estado de Coisas inconstitucionais, no que tange o sistema carcerário⁵, contudo, o que se deve analisar é se tal ingerência é capaz de ferir atribuições constitucionalmente dispostas.

Nesse diapasão, a partir de um viés neoconstitucionalista, observou-se uma postura mais ativista, no qual há um papel diretivo com valorização do conteúdo material da Constituição, ou seja, o Judiciário passa a concretizar axiomas presentes na Carta Magna, pautado na ideia de Supremacia da Constituição, acarretando uma maior ingerência na implementação de políticas públicas em um paralelismo entre a concretização de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, a reserva do possível e a separação dos poderes, se questiona a validade da decisão que determina ao Poder Executivo a elaboração de políticas públicas, indo além, assumindo ainda a função de fiscalizar e homologar tais planos, contudo tal explanação será mais aprofundada em capítulo próprio.

De certo que a possibilidade de controle judicial para assegurar direitos constitucionalmente previstos é válida, contudo, é do Poder Executivo a definição das prioridades na execução das políticas públicas, uma vez que a CRFB/88, em seu artigo 165⁶, atribuiu ao Poder Executivo a iniciativa privativa de deflagrar o processo legislativo orçamentário.

Nessa perspectiva, faz-se necessário a discussão acerca dos limites de ingerência do Poder Judiciário sob a perspectiva das teorias substancialistas e procedimentalistas da constituição. A teoria procedimentalista preceitua apenas a tutela de direitos fundamentais, ao passo que a constituição teria um papel meramente instrumental, assim, ao Judiciário caberia somente a garantia da observância do devido processo legal, sem participar da concretização dos valores axiológicos ali dispostos. Já o substancialismo, de encontro a isto, defende a concretização dos direitos fundamentais na prática, nesta teoria, o Poder Judiciário tem relevante papel na efetivação da Constituição.

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF nº 347 MC/DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2019

⁶BRASIL, op. cit., nota 03.



Ocorre que, observa-se que não há posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da vertente adotada, uma vez que ora tem uma postura mais neutra, sob o argumento da necessidade de respeito ao princípio da separação dos poderes, onde se percebe a adoção da teoria procedimentalista e ora, visa concretizar normas fundamentais constitucionalmente previstas, quando da ocasião da decretação do Estado de Coisas Inconstitucionais ou quando determina a expropriação de recursos administrados pelo poder público estadual⁷.

Outrossim, de certo que os anseios da sociedade, sobretudo quando se fala na concretização de postulados constitucionais, são infundáveis, mas, em contraposição, os recursos aos quais o poder público detém não são capazes de abarcar todas as necessidades, daí porque se falar nos postulados da reserva do possível e do mínimo existencial. Nessa perspectiva, há de ser feita uma análise crítica acerca do cabimento de decretação pelo Poder Judiciário, que não tem como função típica administrar, decidir a postura a ser adotada e definir a ordem de prioridade da concretização de direitos fundamentais, uma vez que, no que concerne às políticas públicas quando da atuação estatal, deve haver um estudo orçamentário para que se possa executar apenas aquilo que possui previsão nas leis dos respectivos poderes. Portanto, sob essa ótica, uma decisão judicial que apesar de concretizar garantias, desestabiliza o orçamento pode acabar trazendo efeitos piores, acarretando danos a outros direitos imprescindíveis.

De tal modo, sem uma percepção orçamentária mais planejada e ampla, a determinação do Judiciário pela implementação de políticas públicas com escolha de qual direito fundamental materializar, embora vise concretizar axiomas constitucionais, pode acabar ferindo a isonomia, a segurança jurídica e acarretar danos colaterais a uma existência digna a uma parte da sociedade, uma vez que, diante do contexto de desigualdade existente no país, arrisca-se só permitir a aquisição destes direitos, quem detém acesso suficiente a eles.

De outro lado, ainda há de ser observado que, sob a ótica da separação dos poderes, a atribuição de administrar a máquina estatal foi designada pelo Poder Constituinte Originário ao Poder Executivo, sendo, inclusive, cláusula pétrea. Não se pode olvidar que a concretização de axiomas constitucionais é respeitável, mas isto não pode acarretar decisões que não são balizadas, isto é, que o juiz decida do jeito que ele acha que deve ser a solução do caso, tendo em vista que o magistrado não é alguém que recebeu da sociedade legitimidade para tanto.

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF n° 405 MC/RJ*, Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo869.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2019

Portanto, sob um olhar crítico, deixar ao arbítrio do Judiciário o que merece ser materializado, ou seja, rechaçando o que seria a reserva do possível, ignorando a existência dos planos plurianuais, das leis de diretrizes orçamentárias e das leis orçamentárias anuais, sem observância dos imperativos e possibilidades orçamentário-financeiras, fere outros valores constitucionais fundamentais e arrisca uma desestabilização democrática, uma vez que a estrutura jurídica da atribuição constitucional de poderes visa que cada Poder observe suas funções típicas e atribua legitimidade aos demais, por meio do sistema do *check and balances*, para isso, limites devem ser impostos.

2. A VALORIZAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS E O NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DO *CIVIL LAW*

A estrutura do direito brasileiro foi construída sob a ótica do positivismo jurídico, sobretudo sob a perspectiva da regra jurídica onde há a subsunção do fato a norma. A regra posta, não admite ponderação, sendo assim, havendo colisão entre duas regras, se requer que seja feita a exclusão de uma destas a fim de que reste apenas aquela que melhor se enquadre ao caso, o que se denomina cláusula de exceção a ser resolvida a partir da perspectiva da hermenêutica constitucional: Impossível o vislumbre de grau de cumprimento, as regras devem ser cumpridas na forma prescrita. Conforme explica Robert Alexy⁸ “Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos”.

No Brasil, a construção doutrinária e jurisprudencial foi pautada no *Civil Law*, isso quer dizer que, o pilar do direito brasileiro foi alicerçado na norma posta pautado em lei escritas em códigos, eivados do caráter de generalidade e abstração.

Ocorre que, ao longo das décadas, observou-se que o positivismo jurídico, por mais analítico que fosse o Código ou a Constituição no qual era pautado, seria insuficiente para solucionar todas as questões sociais, uma vez que os avanços chegam antes da normatização e o Direito precisa acompanhar os anseios sociais. Verifica-se que o positivismo rechaçava a ideia da existência de variáveis independente da vontade e da ação humana e desprezando a existência de axiomas a serem analisado, o que acarreta o desprezo a ideia de igualdade material.

Diante do exposto, na transição da modernidade para a pós modernidade consagrou-se o pós positivismo jurídico:

⁸ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86-87.

Por conta dessa problemática fundamentação do direito justo, o positivismo jurídico revelou-se limitado e insatisfatório, entrando em crise, abrindo-se espaço para a emergência de um conjunto amplo e difuso de reflexões acerca da função de interpretação do direito, reintroduzindo, na esteira da pós modernidade, as noções de justiça e legitimidade para compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico no sistema jurídico. Buscou-se, então, conceber a ordem jurídica como um sistema plural, dinâmico e aberto aos fatos e valores sociais, erguendo-se um novo paradigma, denominado por muitos de pós positivismo jurídico.⁹

Somado a isto, tem-se a inestimável contribuição de Robert Alexy¹⁰, com o desenvolvimento da ponderação e da proporcionalidade que foi de primordial importância para a estrutura normativa constitucional atual, em seu trabalho denominado Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy diferenciou regras e princípios como espécies decorrentes da Norma, havendo no primeiro um juízo de subsunção e no segundo um juízo de ponderação.

Tal viés valorativo pautado no juízo principiológico foi de suma importância para a elaboração da Constituição da República de 1988, criando novo panorama de interpretação constitucional. Isso porque, é sabido que com o advento da CRFB/1988, consagrou-se por todo seu texto a ideia de Estado social. Nessa esteira, explica Marmelstein¹¹, baseado em termo originalmente cunhado por Karel VasaK, que o Estado social se enquadra sob a ótica dos direitos fundamentais de 2ª geração, pois exige uma postura mais proativa do ente estatal por meio de políticas públicas e ações governamentais, ou seja, há a exigência de prestações positivas.

Acrescenta-se que a promoção dos direitos fundamentais sociais, exige de todas as esferas de Poder uma postura concretista, permitindo ao Poder Judiciário uma maior liberdade de interpretação constitucional, o que antes era afastado pela perspectiva positivista inicialmente aplicada pelo *Civil Law*.

Malgrado, a introdução de uma extensa possibilidade de interpretação principiológica dada por esta nova forma de interpretação constitucional, em que pese permitir ao Poder Judiciário o deferimento de pretensões positivas iniciou o debate sobre a barreira da igualdade material e do equilíbrio existente entre a reserva do possível no Estado prestacional, a fim de que não houvesse prejuízos de uns em detrimento de salvaguardar prerrogativas de outros.

Assim, com o passar dos anos, após o advento da Constituição de 1988, a perspectiva da norma como gênero do qual decorrem as regras e princípios, possibilitou que a

⁹SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 74.

¹⁰ALEXY, op. cit., p. 31.

¹¹MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 10- 11.

interpretação principiológica chegasse ao que hoje denomina-se valorização dos precedentes judiciais, o que restou evidente com o advento do Código de Processo Civil de 2015¹², no qual, verifica-se por todo seu texto a necessidade de uniformização da jurisprudência dos Tribunais.

Isso se deu com o escopo de reparar uma situação de insegurança jurídica criada pela divergência de entendimentos ocorridas pela interpretação que cada juiz ou Tribunal dava a cada caso concreto no momento da análise da norma infraconstitucional ou constitucional que só foi possibilitado pelo juízo de ponderação realizado após a teoria de Alexy. Se de um lado essa ideia alargou a possibilidade de concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, de outro, criou uma conjuntura de grande instabilidade jurídica, necessitando da implementação do sistema de precedentes a fim de respeitar o objetivo precípua de um Estado Democrático de Direito que visa além da justiça a isonomia para os seus cidadãos.

A conjuntura de instabilidade jurídica gerada pela possibilidade de interpretação da normas pelos mais diversos juízes ou Tribunais acarretou um abrupto aumento de pretensões nas esferas que em tese deveriam ser extraordinárias. De tal modo, o que se viu é que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal começaram a ser buscados por litigantes que pretendiam decisões mais “justas”, sempre que tinham uma decisão em sentido contrário a um posicionamento anterior de outro juiz ou Tribunal¹³.

Com essa crescente atuação judicial¹⁴ apreciando demandas e interpretando valores principiológicos ao caso concreto começou a se questionar se o Poder Judiciário estaria transcendendo os limites da sua função típica para atuar como verdadeiro legislador do caso em concreto, uma vez que há normas que podem ser interpretadas das mais diversas formas gerando risco de ir de encontro com o escopo original do legislador no momento da elaboração da norma.

Dessa forma, foi necessário iniciar essa valorização dos precedentes judiciais a fim de garantir decisões mais isonômicas e impor balizas para o ativismo judicial, sob pena deste afrontar o princípio da separação dos poderes, consoante já esclarecido em tópico anterior. Esclarece-se que conforme explica Fredie Didier Junior¹⁵, precedente “é a decisão judicial

¹²BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

¹³BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática*. [Syn]Thesis. Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 23-32, jun. 2012.

¹⁴HASSELMANN, Gustavo. *O STF e o Mandado de Injunção – Aplicação ao direito de greve no serviço público*. Disponível em: <migalhas.com.br/dePeso/16,MI38002,61044-O+STF+e+o+Mandado+de+Injuncao+Aplicacao+ao+direito+de+greve+no>. Acesso em: 05 out. 2019.

¹⁵DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2, Salvador: Juspodivm, 2013, p. 43.



tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

Tal tendência, fez com que iniciassem questionamentos acerca de se o microssistema de precedentes judiciais iria de encontro com a estrutura do *Civil Law* adotada no direito brasileiro, ou seja, se tal transformação de paradigmas acarretaria a transformação da nossa estrutura em um sistema bijuralista – sistema no qual vigem dois ordenamentos jurídicos ao mesmo tempo e harmonia o *Civil Law* e o *Common Law* -.

Contudo, tal pensamento não merece prosperar, vez que é perfeitamente possível a existência de um sistema de valorização de precedentes, dentro de uma estrutura de um país que utiliza como base o *Civil Law*, conforme ensina Elpídio Donizetti¹⁶:

No sistema do *Civil law* – adotado pelo ordenamento brasileiro –, apesar de haver preponderância das leis, também há espaço para os precedentes judiciais. A diferença é que no *Civil law*, de regra, o precedente tem a função de orientar a interpretação da lei, mas não obriga o julgador a adotar o mesmo fundamento da decisão anteriormente proferida e que tenha como pano de fundo situação jurídica semelhante. Contudo, cada vez mais, o sistema jurídico brasileiro assimila a teoria do *stare decisis* ou, em bom Português, o sistema da força obrigatória dos precedentes. À guisa de exemplo, citem-se as súmulas vinculantes, o julgamento em controle abstrato de constitucionalidade e o julgamento de recursos repetitivos. No Novo Código de Processo Civil essa vinculação, que já vinha sendo adotada por meio de reformas pontuais na legislação processual, é ainda mais expressiva.

Baseado neste ensinamento e, pautada na observância no que, de fato, consiste o pós-positivismo jurídico sob o prisma do neoconstitucionalismo, verifica-se que a utilização dos precedentes não inaugurou o bijuralismo no Brasil, pois o ordenamento jurídico brasileiro ainda se pauta unicamente no *Civil Law*, a diferença é que o Poder Judiciário, ao julgar um caso concreto, deve observar a fonte primária que é a lei, mas deve também observar a existência dos precedentes jurisprudenciais sobre a matéria apresentada em juízo, o que perfeitamente se coaduna com o ordenamento jurídico vigente, uma vez que permite a concretização da equidade nos julgamentos.

Isto se confirma quando analisada a inserção pelo legislador quando da elaboração do Código de Processo Civil de 2015¹⁷, dos artigos 926 e 927, que são os mais translúcidos exemplos deste caminhar no sentido da valorização da uniformização jurisprudencial por todo o Poder Judiciário e até mesmo por outras esferas de Poder, sobretudo quando verificado que

¹⁶DONIZETTI, Elpídio. *O novo Código de Processo Civil consolida o sistema de precedentes*. Disponível em: <www.cadernojuridico.com.br/artigo/9/O_novo_Codigo_de_Processo_Civil_consolida_o_sistema_de_precedentes>. Acesso em: 02 set. 2018.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 03.

a Lei nº 13.655/2018¹⁸ realizou recente alteração à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁹ vai ao encontro da finalidade discorrida, permitindo ao Poder Executivo a efetivação de decisões equânimes aos Administrados.

Portanto, verifica-se que os precedentes judiciais foram importante auxílio para iniciar a tendência de unificação da jurisprudência, bem como, para a redução de demandas infundadas nas instâncias extraordinárias, verificando-se o escopo principal de frear o ativismo judicial ao delimitar balizas para a interpretação das normas, tendo em vista que, não se pode olvidar que a inconstância de parâmetros mínimos de diretrizes de convencimento sobre determinadas matérias acarreta extrema insegurança jurídica para os jurisdicionados e fere a equidade em que se busca nas prestações jurisdicionais. Assim, os precedentes ensejam a verificação da atividade precípua do Estado-Juiz, que é interpretar a lei para a amoldar ao caso em concreto, e não funcionar como legislador da pretensão posta em juízo.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL COMO COROLÁRIO DO ATIVISMO JUDICIAL E A INFLUÊNCIA DO MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES NA AUTOCONTENÇÃO

Em suas lições o Professor e Ministro Luis Roberto Barroso²⁰, procura mostrar que o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional é um fenômeno político jurídico essencialmente nascido pós segunda guerra mundial, ou seja, na segunda metade do século XX, que traz novas formas de compreender, interpretar e aplicar as normas constitucionais. Tal fenômeno ocorreu com a superação do positivismo finalista – conforme já explicado em capítulo anterior-, entende-se que a fonte primária do direito é a lei, a norma posta -pelo pós positivismo, passando a entender que o direito não se resume ao que está escrito na norma posta, de onde se subtraem os conceitos de regra e princípios.

Nesse diapasão, entendeu-se que o novo direito constitucional permitiu uma atuação jurisdicional muito mais efetiva e ativa do Poder Judiciário para concretização de axiomas constitucionais. O neoconstitucionalismo e a expansão do ativismo judicial estão intimamente ligados, uma vez que essa nova possibilidade de interpretação constitucional ensejou esta

¹⁸BRASIL. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1>. Acesso em: 13 out. 2019.

¹⁹BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2019.

²⁰BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm>. Acesso em: 13 out. 2019



postura mais concretista do Judiciário, assim, cabe explicar a origem acerca de tal forma de decisão.

No Brasil, a adoção do neoconstitucionalismo sob o prisma em comento influenciou sobremaneira a efetivação de uma postura mais concretista do Poder Judiciário. De se observar que o ativismo teve um processo histórico de consolidação passando por diversas construções doutrinárias e jurisprudenciais para alcançar o patamar atual, contudo, desde já, deve se esclarecer que o assunto não possui ainda uniformidade de entendimento. Assim, explica Barroso²¹:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

Assim, após mais de trinta anos da vigência da Constituição Federal de 1988, verifica-se que muitos direitos fundamentais ainda estão obstados, sobretudo, no que tange as normas constitucionais de eficácia limitada que até hoje não se encontram reguladas pelo poder competente, em que pese a constituição, em seu artigo 5º, §1º²² estipule que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Esta inércia do poder competente gerou a crescente judicialização por parte daqueles que necessitam da tutela estatal para ver concretizados seus direitos previstos constitucionalmente pelo Poder Constituinte Originário.

Portanto, Barroso²³ entende que os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial são expressões primas, mas que não se confundem. Assim, a judicialização é um fato decorrente da inércia que acarreta a crescente procura pela tutela do Poder Judiciário. De outro lado, o ativismo é uma atitude proativa do Poder Judiciário para concretizar postulados constitucionais, ou seja, é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição expandindo o seu sentido e seu alcance. Assim, estes, são conceitos primos, mas que não se confundem.

²¹Ibid.

²²BRASIL, op. cit., nota 03.

²³BARROSO, op. cit., 2012.

Explica-se. A ideia do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla, intensa do Poder Judiciário na concretização de valores e dos fins constitucionais. Então, se de um lado há um jurisdicionado que pleiteia a tutela do Poder Judiciário de questão que não foi resolvida pelos Poderes Executivo e Legislativo. De outro lado, se observa uma atitude do Poder Judiciário em relação a essa omissão, então o Estado-juiz analisando aquela demanda, terá que tomar uma atitude que pode ser mais expansiva e intensa ou uma atitude mais tímida do Poder Judiciário não querendo, se imiscuir em outras esferas de poder.

Nessa linha, a partir da impetração de alguns mandados de injunção coletivos²⁴, houve uma mudança paradigmática do Supremo Tribunal Federal, passando a prolatar sentenças com perfil normativo aditivo, que conforme explica Nathalia Masson²⁵, são “decisões geradoras de efeitos que viabilizam imediatamente o exercício de direitos previstos constitucionalmente, mesmo que ainda dependentes de complementação legislativa”.

Conforme percorrido no primeiro capítulo deste artigo, o ativismo judicial sofre críticas daqueles que entendem que esse fenômeno fere o princípio da separação dos poderes, sustentando que cabe ao Poder Judiciário adotar uma postura de autocontenção, com a utilização de critérios mais rígidos e conservadores para julgar, evitando aplicar diretamente a Constituição, sob pena de se imiscuir em outras esferas de poder.

O posicionamento aqui adotado é que a omissão do dever de regulamentar direitos e liberdades constitucionais não pode obstar que o Estado-Juiz cumpra sua missão constitucional de conceder tutela jurisdicional efetiva, o que violaria o escopo de um Estado Democrático de Direito, uma vez que, um dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, é a inafastabilidade da jurisdição.

Conclui-se ainda que, havendo norma regulamentadora, esta deve ser aplicada em sua integralidade, bem como, cabendo interpretação acerca de seu respectivo diploma legal, deve ser respeitado o limite daquilo que pretendeu o Poder Legiferante na sua criação e observados as condições de políticas públicas a serem executadas pelo Poder Executivo dentro dos limites da razoabilidade e proporcionalidade.

Ademais, verifica-se que a criação do microssistema de precedentes vinculantes é importante passo dado em direção a autocontenção, propiciando a uniformidade das decisões, ou seja, os precedentes acarretam limitação da atuação e, por corolário, alargam a segurança

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *MI 670 ES*. Relator: Maurício Corrêa. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es>>. Acesso em: 13 out. 2019.

²⁵MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 511.



jurídica, tendo em vista que criam balizas a serem seguidas não só para os juízes, como para os mais diferentes Tribunais.

CONCLUSÃO

O presente artigo científico teve como escopo a análise dos conceitos de ativismo judicial e judicialização com viés crítico a fim de conduzir o leitor a um processo de reflexão acerca dos limites da atuação do Judiciário na concretização do núcleo essencial de direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988 em contraposição ao princípio da separação dos poderes.

De um lado, é inerente ao Estado Democrático de Direito a previsão constitucional de uma distribuição funcional de competência do Poder – sendo este, uno e indivisível-; de outro, faz-se necessário que seja consagrados os axiomas constitucionais.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que é inerente de um Estado Social a inafastabilidade da jurisdição sendo função contramajoritária do Poder Judiciário a proteção das minorias. Portanto, havendo omissão do Poder Legislativo e do Poder Executivo na realização de suas funções típicas, se observou nas últimas décadas uma crescente judicialização e, por corolário, o aumento do ativismo judicial.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que a ingerência do Poder Judiciário em outras esferas de poder quando estas se omitem causando danos a direitos fundamentais – inerentes a Dignidade da Pessoa Humana -, deve ser realizado sob a ótica de uma Constituição garantista, o que, como se percebe, foi o escopo do Poder Constituinte Originário.

De outro lado, a possibilidade de um Poder se imiscuir em outro deve estar pautado em uma perspectiva acerca da existência de macrocausas e de um entendimento acerca da existência de um todo que não pode ser rechaçado unicamente com arrimo em microlides, ou seja, deve ser observado que decisões em demandas individuais podem acarretar efeitos prejudiciais em um aspecto amplo, devendo sempre ser realizado um juízo de ponderação acerca do bem jurídico tutelado e seus efeitos à coletividade.

Quanto a questão trazida à baila ao longo do segundo capítulo, demonstrou-se que a evolução do positivismo, sobretudo após a extensão interpretativa da norma como gênero da qual decorrem os princípios e as regras e esta interpretação principiológica ser analisada com fulcro na Constituição Federal a fim de concretizar o núcleo essencial dos direitos

fundamentais acarretando uma mudança de paradigma na forma de aplicar e interpretar a constituição ensejando questionamentos acerca da possibilidade de aplicação dos precedentes no Brasil, uma vez que o sistema jurídico vigente ainda hoje é o *Civil Law*.

Conclui-se neste capítulo que não há qualquer óbice ou contradição à aplicação ao microsistema de precedentes ao sistema brasileiro que, por sua vez, trouxe balizas ao Poder Judiciário a fim de se prestigiar a isonomia e a uniformização de jurisprudência, sendo, consequência do cenário jurídico-político existente atualmente.

Ficou evidente, portanto, da análise do terceiro capítulo que o neoconstitucionalismo foi um dos principais elementos desencadeadores do ativismo judicial e a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como a insegurança da população frente a tais poderes acarretou a judicialização, o que, sob uma perspectiva de Estado Social possibilitou o empoderamento do Poder Judiciário, tendo em vista seu escopo constitucional de tutela das minorias e concretização dos objetivos constitucionais.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, a perfeita aplicação do microsistema de precedentes no sistema jurídico do *Civil Law* sem que isto configure bijuralismo, bem como, que tal sistema ensaja uma forma de criar balizas ao ativismo judicial, uma vez que traz parâmetros para que os julgamentos se fundem na equidade e prestigie a uniformização jurisprudencial, sendo este cerne da criação dos precedentes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática. *[Syn]Thesis*. Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 23-32, jun. 2012.

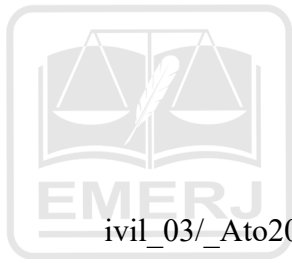
_____. *Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política*, [S.l]: Migalhas Jurídicas. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>; Acesso em: 05 ago. 2019.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm>. Acesso em: 13 out. 2010.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivi_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 mai. 2019.

_____. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/cc>



ivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1>. Acesso em: 13 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF n° 347 MC/DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF n° 405 MC/RJ*, Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo869.htm>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2, Salvador: Juspodivm, 2013.

DONIZETTI, Elpídio. *O novo Código de Processo Civil consolida o sistema de precedentes*. Disponível em: <www.cadernojuridico.com.br/artigo/9/O_novo_Codigo_de_Processo_Civil_consolida_o_sistema_de_precedentes>. Acesso em: 02 set. 2018.

HASSELMANN, Gustavo. *O STF e o Mandado de Injunção – Aplicação ao direito de greve no serviço público*. Disponível em: <migalhas.com.br/dePeso/16,MI38002,61044-O+STF+e+o+Mandado+de+Injuncao+Aplicacao+ao+direito+de+greve+no>. Acesso em: 05 out. 2019.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CLUBE DE FUTEBOL EM CASOS DE BRIGA ENTRE TORCIDAS

Giovanna Tabet Zanini

Graduada pelo Instituto Vianna Júnior
Advogada

Resumo – o futebol é um dos pilares da sociedade brasileira e se apresenta em um cenário complexo e, por isso, intrigante. Com o passar do tempo, o instituto da responsabilidade civil se aperfeiçoou e hoje é de essencial visibilidade no ordenamento jurídico pátrio. Relacionando esses dois mundos, cada vez mais se percebe que o torcedor de um time de futebol, movido por sua paixão, acaba por reger a responsabilidade do clube ao qual é aficionado. A essência do trabalho é abordar a natureza dessa responsabilidade, ao mesmo tempo em que se discute o envolvimento do Poder Público nessa caracterização, quando se analisa seu dever de prestar segurança à população.

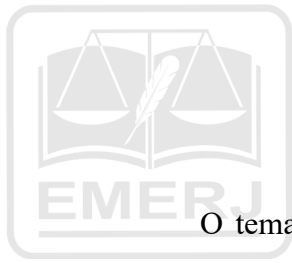
Palavras-chave – Direito Civil. Responsabilidade Civil. Clube de futebol. Briga entre torcidas. Estatuto de Defesa do Torcedor. Código de Defesa do Consumidor.

Sumário – Introdução. 1. O diálogo entre o Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei nº 10.671/2003) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). 2. A responsabilidade civil no âmbito do Estatuto de Defesa do Torcedor. 3. A responsabilidade civil do clube de futebol em casos de briga entre torcidas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a responsabilidade civil do clube de futebol por fatos alheios à normalidade da partida, com enfoque nos incidentes de brigas entre torcidas. Analisa-se o âmbito de incidência dos diplomas legais aplicáveis à relação entre torcedor, clube e Poder Público na seara da segurança de eventos esportivos. O trabalho enfoca a possibilidade de afastamento dessa responsabilidade civil, passando pela análise da natureza da relação torcedor-clube no evento e do papel do Poder Público em oferecer qualitativa e quantitativamente a segurança adequada à partida.

O futebol, esporte mais popular do Brasil, é atividade que atrai multidões há décadas. Uma grande concentração de pessoas, em que pese a confraternização e o clima de alegria que normalmente permeia esse tipo de evento, também é capaz de gerar situações nada agradáveis. Movidos pela paixão, torcedores defendem as cores do seu time do coração de uma discussão em uma mesa de bar a uma briga generalizada por desavenças de opinião.



O tema desperta atenção em virtude dos crescentes e recorrentes casos de violência ocorridos nos estádios de futebol e arredores. Em função disso, necessário o apontamento da responsabilidade do clube de futebol por danos causados por sua torcida.

No primeiro capítulo, o debate gira em torno do estudo sobre a relação jurídica estabelecida entre torcedor e entidade desportiva, que normalmente é classificada como consumista e passa pela análise do controle da segurança do evento e das ruas afins perpetrado pelo mandante da partida, adentrando no mérito sobre a responsabilidade pública pela segurança.

No segundo capítulo, analisa-se a natureza e o alcance da responsabilidade civil sob o prisma do Estatuto de Defesa do Torcedor e a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da entidade desportiva a fim de culpabilizar seus dirigentes por atos de vandalismo praticados pelas torcidas.

Há muito o futebol deixou de ser um evento exclusivamente privado. Angariando milhares de apaixonados, a enorme concentração de pessoas que defendem diferentes cores em um mesmo espaço é passível de gerar conflitos violentos. Diante disso e partindo da premissa de que há uma reunião social, constata-se que não somente os clubes e seus dirigentes, mas também o Estado não pode se omitir nem negligenciar a segurança dos cidadãos.

No terceiro capítulo, expõe-se até que ponto é possível afirmar que o clube de futebol é responsável civilmente pelos atos praticados por seus torcedores, dentro ou fora do estádio em que se realiza a partida. Relaciona-se, para tal, o Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei nº 10.671/2003) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) no tocante ao tratamento dado à responsabilidade civil se analisada na seara direito desportivo.

É possível sustentar que a responsabilidade civil do clube de futebol em casos de briga entre torcidas diferentes pode ser considerada de natureza subjetiva? Para isso, busca-se indicar o dever público de oferecer a segurança do evento por intermédio da Polícia Militar e de Grupamentos Especiais como fator apto a afastar o dever de indenizar ou mudar a natureza da responsabilidade civil imputada ao clube.

Diante das perdas de mando de campo e do pagamento de multas em montante considerável, reflete-se até que ponto a proteção dada aos torcedores pelo Estatuto do Torcedor e pelo Código do Consumidor prejudica a saúde financeira e o desempenho esportivo do clube

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 DIÁLOGO ENTRE O ESTATUTO DE DEFESA DO TORCEDOR (LEI Nº 10.671/2003) E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI Nº 8.078/1990)

No início dos anos 90, foi detectada uma crise no futebol brasileiro, revestida de inúmeros problemas que deram ensejo à necessidade de reorganização na estrutura e regimentos do direito desportivo na seara futebolística.

Em 15 de maio de 2003 é sancionada a Lei nº 10.671, conhecida popularmente como “Estatuto do Torcedor”¹, com o fim precípua de estabelecer normas de proteção ao torcedor no que concerne à segurança e conforto do evento, à transparência e publicidade nas organizações das competições desportivas, dentre outros temas.

Nos termos do artigo 2º, “torcedor é toda pessoa que aprecie, apóie ou se associe a qualquer entidade de prática desportiva do País e acompanhe a prática de determinada modalidade esportiva”². Desta feita, extrai-se que o supramencionado diploma legal estabelece uma presunção relativa de que todo cidadão é torcedor, rechaçando, com isso, a ideia de que torcedor seria apenas aquele indivíduo que adquiriu ingresso.

Neste tom, salienta-se que essa presunção *juris tantum* representou um verdadeiro avanço na proteção dos direitos do torcedor, na medida em que o artigo 42, §3º da Lei nº 9.615/98 - popularmente conhecida como Lei Pelé³ - equipara o consumidor, para fins da legislação consumerista, àquele que despense determinada quantia para adquirir um bilhete que lhe dá direito a assistir ao espetáculo⁴.

A expansão do conceito de torcedor visa, de início, proteger o apreciador do esporte que, ainda que à distância, gera receita para o veículo de transmissão e para todos aqueles que permeiam o evento esportivo com suas diversas formas de remuneração, em como para as

¹ BRASIL. *Lei nº 10.671*, de 15 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.671.htm> Acesso em: 24 abr. 2019.

² BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

³ BRASIL. *Lei nº 9.615*, de 24 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm> Acesso em: 24 abr. 2019.

⁴ SOUZA, Gustavo Lopes Pires de; *Estatuto do Torcedor: A evolução dos direitos do consumidor do esporte* (Lei 10.671/2003). Belo Horizonte: Alfstudio Produções, 2010, p. 69.

entidades legais que negociam a venda dos direitos de transmissão aliados a outros interesses comerciais.

Reforçando essa ideia, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) considerou, em sua condenação⁵, a responsabilidade solidária entre a Confederação Brasileira de Futebol (CBF), a Federação Paulista de Futebol (FPF), os ex-árbitros Edilson Pereira de Carvalho e Paulo José Danelon, e o empresário Nagib Fayad, imputando a eles o dever de indenizar por danos morais difusos causados à coletividade de torcedores diante da manipulação indevida de resultados de determinadas partidas dos campeonatos brasileiro e paulista do ano de 2005.

O Estatuto de Defesa do Torcedor pode, portanto, ser aplicado concomitantemente ao Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁶, de forma que as garantias previstas no referido diploma protetivo do torcedor se somam ao diploma consumerista como uma forma de revestir o consumidor-torcedor de todas as benesses possíveis atinentes ao evento.

Esse diálogo pode ser materializado ao visualizarmos, de início, o teor dos artigos 3º do Estatuto de Defesa do Torcedor⁷, a saber:

Art. 3º. Para todos os efeitos, legais, equiparam-se a fornecedor, nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo.

Na mesma linha, a intenção do legislador no artigo 40⁸ do mesmo diploma legal foi disciplinar que “a defesa dos interesses e direitos dos torcedores em juízo observará, no que couber, a mesma disciplina da defesa dos consumidores em juízo de que trata o Título III da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AC nº 0145102-40.2006.8.26.0100*/Capital, Rel. Des. Lucila Toledo de Barros Gevertz, 9ª Câmara de Direito Privado, julgado em 12/03/2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0145102-40.2006.8.26.0100&cdProcesso=RI0017B7D0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=zQhNJhpHqEeeEtbI1XX%2F0jbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv5fqBJppaEVNKCyx2xaHO301dIp92%2BGHI0iHgKWVvoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwuTd5gBE17nK8ACfcdctvpXYmzgLd2nf%2FCm2bOvazir4fCSM5MploZgtEePPcRLEbaXRURa2dwayOVyAm4yh%2BK69i6STN3aZLYkoZAdlbrslNQoWf%2BskMiGU37ipFBOKUqZgRXiFaa7DI0yI7K5XXcb232VGqUoF3MfoNHH2IrVHLcJKNLpbTzQ%2BMSa9lsPfhfGENf1ds9z%2FFOroBoTU41FKZ6ya%2BW6Nly1O4QP9Xe8KHidlpFkzVDHSRyMdsZrnZ3OXunmUabWzfe9aVF93Tg%3D%3D>> Acesso em: 24 abr. 2019.

⁶ BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 24 abr. 2019.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸ Ibid.

Com isso, há que se constatar a formação de um sistema integrativo de normas com o intuito de ampliar direitos que, no presente caso, dizem respeito à proteção do torcedor de um clube de futebol.

O principal efeito jurídico da equiparação exarada no artigo 3º do Estatuto de Defesa do Torcedor⁹ é atribuir à entidade organizadora da competição, bem como à entidade de prática desportiva com mando de jogo, a responsabilidade imposta ao fornecedor de serviços, nos moldes dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor¹⁰.

Cumprir diferenciar, aqui, os conceitos das duas entidades acima explanadas, a fim de bem delimitar a pessoa a que será imputada a responsabilidade. A entidade responsável pela organização da competição a ser disputada é a organizadora de um campeonato em si como, por exemplo, a Copa do Brasil e o Campeonato Brasileiro, regidas pelas determinações legais e práticas atinentes à Confederação Brasileira de Futebol.

De outra banda, a entidade detentora do mando de jogo - conhecido comumente como “mando de campo” - é aquela representada pela pessoa jurídica que detém, nos moldes do regulamento interno da competição, a prerrogativa de escolher o local em que será realizada a partida. Ademais, é quem comercializa bilhetes, capta renda de bares e pontos autorizados de venda de produtos licenciados do clube e adota medidas preventivas de segurança do seu torcedor e do torcedor visitante.

Assim, tem-se os integrantes da cadeia consumerista de um evento esportivo de jogo de futebol, a saber: torcedor (consumidor), entidade organizadora e entidade mandante (fornecedores), evento esportivo (produto ou serviço) e seu fato propulsor.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO ESTATUTO DE DEFESA DO TORCEDOR

O Estatuto do Torcedor regulamenta uma relação de consumo específica entre o consumidor e o fornecedor. Nesta esteira, o já mencionado artigo 3º do diploma¹¹ dispõe serem fornecedores a entidade organizadora e o clube mandante.

O Capítulo IV do Estatuto do Torcedor disciplina a segurança do torcedor partícipe do evento esportivo e, logo em seu artigo 13, já dispõe desse direito¹²:

⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1.

Art. 13. O torcedor tem direito a segurança nos locais onde são realizados os eventos esportivos antes, durante e após a realização das partidas.

Parágrafo único. Será assegurado acessibilidade ao torcedor portador de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Ato contínuo, o artigo 14 do supramencionado regramento¹³ confere à entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo e seus dirigentes a titularidade para essa responsabilidade. O dispositivo traz um rol de condutas a serem observadas por essas figuras com o fito de evitar ou minimizar possíveis efeitos de imputação responsável.

Neste tom, a lei concretiza o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, importante faceta do direito civil e consumerista no tocante à responsabilidade civil, quando fixa a responsabilidade solidária dos dirigentes junto ao clube¹⁴.

A desconsideração da personalidade jurídica é alvo de diversos debates por ser aplicada somente de maneira excepcional, como bem traz o artigo 50 do Código Civil de 2002¹⁵, não havendo que se falar em desconsideração automática da personalidade jurídica.

Todavia, o Estatuto do Torcedor, na contramão da intenção original do legislador civilista, remete à possibilidade de se afastar a personalidade jurídica da entidade e responsabilizar seus dirigentes. Estes, por sua vez, vêm delimitados no artigo 37, §1^o¹⁶, do Estatuto do Torcedor como sendo o presidente do clube ou quem lhe faça as vezes, ou o dirigente que praticou a infração, mesmo que por omissão.

Caso seja constatada falha de segurança nos estádios ou inobservância dos deveres previstos no Capítulo IV do Estatuto do Torcedor, tem-se a responsabilidade objetiva do clube detentor do mando de jogo, da entidade responsável pela organização da competição e os referidos dirigentes, como dispõe o artigo 19 do diploma desportivo¹⁷:

Art. 19. As entidades responsáveis pela organização da competição, bem como seus dirigentes respondem solidariamente com as entidades de que trata o art. 15 e seus dirigentes, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios ou da inobservância do disposto neste capítulo.

¹³ Ibid.

¹⁴ SOUZA, op. cit., p. 69.

¹⁵ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁷ Ibid.

A responsabilidade objetiva consiste naquela imposta pela lei, a certas pessoas e em determinadas ocasiões, como dever de reparar um dano cometido ainda que sem culpa. Quando ela é verificada, há prescindibilidade de reconhecimento da intenção originária do agente ou entidade, e ela se satisfaz somente com a existência do dano e do nexo de causalidade.

Segundo a renomada “teoria do risco”, também chamada de “teoria objetiva da responsabilidade”, todo dano é indenizável e objeto de reparação por quem a ele se vincula através de um nexo de causalidade que independe de culpa. A responsabilidade, nesse caso, é inerente ao risco.

Diante do exposto e trazendo à baila o conceito de responsabilidade objetiva, os responsáveis pela falha de segurança em um evento futebolístico assim o serão de forma solidária, ou seja, compartilhada e independente da imputação responsável dos outros agentes envolvidos no dano.

Assim, basta ao torcedor que demonstre a existência do dano e o nexo de causalidade, sendo este compreendido como a necessária relação entre o resultado danoso e o defeito ou vício no evento esportivo por meio do clube mandante e da entidade organizadora da competição disputada, seja porque agiram de forma desarmônica à orientada, seja porque se omitiram em seus deveres legais de segurança e proteção do torcedor¹⁸.

No que concerne ao clube mandante, seu dever de segurança se instala tão logo assumo o risco de escolher determinado estádio como sede para disputar a partida. Caso o local não se encontre em perfeitas condições para o regular desenvolvimento do jogo, o representante legal da associação desportiva também se incumbe da responsabilidade.

O torcedor é consumidor e tem o direito de reclamar na ocorrência de danos durante a prestação do serviço. Em 30/12/2000, um alambrado se rompeu no Estádio de São Januário, durante a partida disputada entre o Clube de Regatas Vasco da Gama e a Associação Desportiva São Caetano. A projeção de um número considerável de torcedores avançou sobre uma família, comprimindo-os contra o gradil, causando diversas lesões de ordem física e moral diante do trauma¹⁹.

Em sua defesa, o clube-réu tentou excluir sua responsabilidade, alegando que o fato decorreu de culpa exclusiva de terceiros. No entanto, a magistrada de primeiro grau afastou esse argumento sob a constatação de relação de consumo entre os autores e o réu, pois o último

¹⁸ DOS SANTOS, Marcus Vinícius. *A responsabilidade civil do clube de futebol por danos causados por suas torcidas organizadas*. 2015. 78 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

¹⁹ MILÍCIO, Gláucia. *Relação entre torcedor e organizador de jogos é de consumo*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-jul-29/vasco_condenado_queda_alambrado> Acesso em: 08 set. 2019.



é o proprietário do imóvel em que foi sediado o jogo e explorou o espaço, vendendo ingressos aos torcedores interessados, gerando neles a expectativa de segurança da partida. A responsabilidade do Clube de Regatas Vasco da Gama somente poderia ser afastada, em atenção ao disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, caso comprovada culpa inequívoca e exclusiva das vítimas ou de terceiros no acidente, o que não foi feito em juízo.

Transcorrido o regular fluxo do processo, ao fim, restou julgado procedente o pedido dos autores, com a consequente fixação da quantia de R\$ 34,5 mil a título de danos físicos e psicológicos causados pelo evento danoso²⁰.

Diante do caso narrado e tendo em vista o ordenamento pátrio no tocante à responsabilidade civil em sua modalidade objetiva, alinhado à jurisprudência consumeirista, tem-se que são de extrema importância as instruções de uso do serviço e as informações prestadas pelo torcedor-vítima para eventual hipótese de exclusão da responsabilidade sob o prisma da culpa exclusiva da vítima.

Desse modo, é inequívoco que cabe ao clube e às entidades responsáveis pelo evento o zelo pela segurança da partida, transmitindo aos torcedores as orientações necessárias ao regular acontecimento do jogo, sob pena de, independentemente de prova da intenção de causar acidente ou tumulto, responder pelos atos ou omissões, com eventual perda de mando de campo ou pagamento de indenizações a elevado patamar.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CLUBE DE FUTEBOL EM CASOS DE BRIGA ENTRE TORCIDAS

Consoante demonstrado ao longo do presente trabalho, as atividades desportivas, em especial, a prática do futebol, é crescente em nossa sociedade. O evento futebolístico se tornou um espetáculo que leva ao meio social benefícios como diversão, paixão e fanatismo, mas também malefícios, como a violência e o medo de grandes confrontos entre torcidas rivais²¹.

Restou fixado que a responsabilidade civil no Estatuto do Torcedor equiparou as entidades desportivas organizadoras dos eventos e entidades detentoras de mando de campo ao

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AC n° 2006.001.57907/Capital*, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, 14a Câmara Cível, julgado em 12/09/2007. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000348298C73A30B997D9C62A6CFBC3C54F788C402034209&USER=0>> Acesso em: 08 set. 2019.

²¹ ARAÚJO, André Luís Rodrigues de; *A controvérsia acerca da responsabilidade civil das entidades desportivas em relação ao torcedor*. 2017. 28 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) - Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES UNITA, 2017.

fornecedor exarado no Código de Defesa do Consumidor²². Diante disso, forçoso afirmar que tais entidades responderão, portanto, objetivamente. Isso quer dizer que basta o torcedor provar dano e nexo causal para gerar no clube o dever de indenizar ou reparar.

O tema, todavia, está distante da pacificação. A problemática em relação à modalidade de responsabilidade civil do clube de futebol em casos de briga entre torcidas, gerando possíveis danos em outros torcedores ou no estádio e em seus arredores, surge no momento em que o artigo 19 do Estatuto do Torcedor²³, outrora reproduzido neste trabalho, enfatiza hipóteses de “falha de segurança” e “inobservância do disposto neste capítulo”²⁴. Nas palavras de Rui Stoco²⁵:

Ademais, a norma contém contradição, pois estabelece a responsabilidade das entidades organizadoras da competição e dos seus dirigentes, em conjunto com outras que especifica, “independentemente da existência de culpa”, mas enfatiza a hipótese de prejuízos que decorram de “falhas de segurança” nos estádios.

O raciocínio lógico que decorre da mencionada contradição do estatuto em voga levaria a crer que, em não ocorrendo as situações acima descritas, a responsabilização subjetiva seria medida imposta, por afastamento da regra da responsabilidade objetiva diante da restrição das hipóteses de falha na segurança e inobservância das disposições legais constantes no capítulo mencionado pelo dispositivo supra.

Na tentativa de responder a problemática criada, correntes doutrinárias se postaram de diversas maneiras, as quais, em momento posterior, começaram a ser utilizadas nos tribunais para criação de sua jurisprudência.

Como um primeiro ideal, tem-se em riste a ideia de equiparação das entidades desportivas e detentoras de mando de campo a fornecedores consumeristas, já exaustivamente disposto em momentos anteriores. A despeito disso, capitaneando uma segunda vertente, Rodrigues²⁶ afirma que “não há que se falar na aplicação da teoria do risco no âmbito desportivo”. O fundamento dessa vertente reside no fato de que deve a modalidade subjetiva de

²² BRASIL, opt. cit., nota 6.

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴ POLIDORO, Gustavo Machado. *Responsabilidade civil dos clubes de futebol por atos praticados em suas praças desportivas*. 2010. 85 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, 2010.

²⁵ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 933.

²⁶ RODRIGUES, Helder Gonçalves Dias. *A responsabilidade civil e criminal nas atividades desportivas*. São Paulo: Servanda, 2004, p 189.



responsabilidade civil prevalecer nos eventos esportivos, em atenção à clara intenção do legislador que, ao minutar o artigo 19 do Código de Defesa do Consumidor²⁷, optou, espontaneamente, em dispor os casos que independem de comprovação de culpa.

Subsiste, ainda, mesmo que de forma mais enfraquecida, o fundamento que a responsabilidade de qualquer fato ocorrido no evento desportivo - no caso do presente trabalho, o futebol -, será da Polícia Militar. Isso porque tal instituição, em comunhão com os responsáveis contratados particularmente pelo clube mandatário, faz a segurança do espectador no palco desportivo.

Fato é que a discussão apresentada deve ser interpretada em conjunto com a situação vivida pelo município e pelo estado no que toca à segurança pública. Nos tempos hodiernos, especificamente no Rio de Janeiro, a segurança do cidadão que se dirige a uma partida de futebol não pode - e não deve - ser imputada exclusivamente a indivíduos contratados de forma particular pelo clube de futebol, sob pena de se confundir o dever de zelo pelo seu torcedor dentro do estádio ao dever imposto por lei e pela Constituição Federal aos órgãos públicos de prezar pela segurança da população.

Apresentando o cenário no direito comparado, a “Tragédia de Hillsborough”, na Inglaterra, ilustra com perfeição a hipotética situação em que, ainda que não tenha havido briga entre torcidas, o clube mandante falhou em seu dever de segurança. Em 15 de abril de 1989, no estádio que apelida o título da tragédia, durante o jogo disputado entre Liverpool FC e Nottingham Forest, 96 torcedores do time da casa faleceram pisoteados, enquanto outros 766 ficaram feridos. A investigação apontou que, a contrário do que se poderia concluir em uma visão superficial do caso, não houve ação violenta destes adeptos; lado outro, constatou-se a superlotação do estádio que, aliada ao péssimo estado de conservação e ao não cumprimento das normas básicas de segurança, causaram o que ficou conhecido como o maior desastre do futebol inglês e um dos maiores do mundo.

No cenário brasileiro, o artigo 14, incisos I e II da Lei nº 10.671/03²⁸, é categórico em dispor que a responsabilidade da segurança dos torcedores é do clube mandante e que este deve comunicar a Poder Público, por intermédio da Polícia Militar, para que faça a segurança do evento antes e depois das partidas²⁹.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 6.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁹ NOVAES, Pedro Luis Piedade; DOS SANTOS, Vagner Luiz Gonçalves. A polêmica envolvendo a exigência da segurança pública em eventos esportivos privados. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, v. 02, n. 03, p. 54-68, jul./set. 2017.

Assim, o foco da responsabilidade do clube mandante também deve permear a obrigação da entidade em informar ao Poder Público acerca da realização da partida. Isto posto, após a análise dos dispositivos do Estatuto do Torcedor, forçoso afirmar que o legislador desportivo apoia o trabalho da Polícia Militar dentro e fora dos estádios brasileiros, ainda que o evento seja privado e que a segurança possa ser feita por agentes particulares.

Por todo o exposto, se o Estatuto do Torcedor faz a exigência da segurança pública dentro das praças desportivas, os Poderes Públicos estaduais e federais, em harmonia com a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) e as Federações de Futebol Estaduais, deveriam elaborar medidas que facilitassem o trabalho policial militar nestes eventos por meio de específico plano de segurança eficaz. A consequência para os torcedores seria o respeito aos seus direitos como consumidor e, mais ainda, à sua integridade física e moral no estádio de futebol e em suas intermediações, para que possa o aficionado curtir e torcer pelo seu time sem que tenha que se preocupar com danos decorrentes de brigas entre torcidas ou falhas de segurança.

De outra banda, surge como caminho viável a ser seguido pelos integrantes do Poder Público a rigidez na punição dos envolvidos no evento-briga, concretizada, de início, com a regular apreensão em flagrante daqueles indivíduos. É notório que no atual panorama em que se encontra este cenário no mundo do futebol, raras são as vezes em que esses sujeitos são, realmente, capturados, encaminhados à delegacia de polícia e, mesmo quando o são, a restrição de sua liberdade é breve e a continuação da apuração do fato para posterior punição é rara e quase invisível.

É importante que os órgãos públicos auxiliem os clubes não somente na punição dos envolvidos mas também na prevenção desse tipo de acontecimento desagradável, a partir da criação de um cadastro específico de torcedores impedidos de frequentar aquela determinada praça de futebol, por exemplo, em decorrência de criteriosa apuração acerca de fatos graves como o envolvimento em brigas e/ou a depredação do patrimônio do Estado ou clube, e eventual lesão a outros torcedores. Essa medida, de início, colocaria importante filtro naqueles que adentrarão ao evento e dele participarão, e demonstraria que a responsabilidade civil do clube de futebol em casos de briga entre torcidas pode, sim, ser diluída para outras figuras que, igualmente, têm o dever de zelar pelo espetáculo.

Essa pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito entre os reflexos de brigas de torcedores dentro ou fora de estádios e o alcance desses atos na configuração da responsabilidade civil do clube de futebol.

De um lado, o diálogo entre o Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei nº 10.671/2003) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e a responsabilidade civil do clube de futebol naquele diploma; de outro, a análise concreta dessa responsabilidade sob o prisma dos problemas sociais no que concerne à segurança pública, questões de maior gravidade do que apontar para um clube específico e puni-lo pelos atos de torcedores em revolta.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da presente pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que o torcedor é consumidor e o clube é fornecedor e a isso não há quem se oponha. Todavia, o campo de discussão não deve se restringir a esse mero enquadramento consumerista, na medida em que a exigência do Estatuto do Torcedor acerca da segurança dentro das praças desportivas dirige a questão para a divisão de responsabilidade entre clube e Poder Público.

Na prática, é utópico que se exija que um clube de futebol, detentor do mando de campo, também seja o responsável único e direto quando existem problemas de segurança no que concerne a brigas de torcedores que causem reflexos danosos na praça de jogo, nos arredores ou em outros torcedores.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que cabe também ao Poder Público o dever de prestar a devida segurança aos torcedores e a todos aqueles envolvidos no evento do futebol, seja antes, durante ou depois da partida, ainda que persista o dever do clube mandante de fornecer a segurança mínima para a realização da sua partida.

Vale ressaltar que a responsabilidade deveria ser analisada casuísticamente, ainda que já tenha seus pilares básicos e pré-definidos. No segundo capítulo deste trabalho, apresentou-se o caso ocorrido no Estádio de São Januário, quando um alambrado se rompeu e torcedores ficaram feridos. Nesse caso, transparente que a responsabilidade pela segurança era restrita ao clube posto que uma questão estritamente material do local físico da partida. Em caso de brigas entre torcedores, seja dentro ou fora da praça de jogo, contudo, a discussão deve permear a necessidade de policiamento efetivo, aliada à prévia comunicação dos dirigentes do clube ao Poder Público. A questão da segurança, nesse caso, envolve não só o local físico e sua estrutura devida para receber os consumidores, mas o direito legal à segurança no estádio e em seu entorno.

O clube de futebol, agindo conforme os parâmetros que dele são exigidos para proteger o seu torcedor e o torcedor visitante que se deslocou àquele estádio para assistir ao espetáculo, deve ser responsabilizado na medida da sua culpa. O instituto da responsabilidade objetiva, devidamente desmembrado nesta pesquisa, não deve ser imputado de forma absoluta ao clube de futebol, sob pena de se fechar os olhos para a obrigação pública de oferecer segurança, dever este que já faz parte da instituição em si, sendo esta a proposta desta pesquisadora.

O que se pretende é que o leitor se volte ao questionamento do verdadeiro e plausível alcance do clube de futebol no que se refere a questões de segurança. O mínimo exigido a ele, por óbvio, deve ser feito. Contudo, não pode à instituição ser imputada toda a culpa por uma falha que pode, também, e na maioria das vezes, vir do Estado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, André Luís Rodrigues de; *A controvérsia acerca da responsabilidade civil das entidades desportivas em relação ao torcedor*. 2017. 28 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) - Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES UNITA, 2017.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. *Lei nº 9.615*, de 24 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm> Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. *Lei nº 10.671*, de 15 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.671.htm> Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AC nº 0145102-40.2006.8.26.0100/Capital*, Rel. Des. Lucila Toledo de Barros Gevertz, 9ª Câmara de Direito Privado, julgado em 12/03/2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=014510240.2006.8.26.0100&cdProcesso=RI0017B7D0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=zQhNJhpHqEeeEtbI1XX%2F0jbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlv5fqBJppaEVNKCWx2xaHO301dIp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOWuTd5gBE17nK8ACfcvdctvpXYmzgLD2nf%2FCm2bOvazir4fCSM5MploZgtEePPcRLEbaXRURa2dwayOVyAm4yh%2BK69i6STN3aZLYkoZAdlbrslnQoWf%2BskMiGU37ipFBOKUqZgRXiFaa7DI0yI7K5XXcb232VGqUoF3MfoNHH2IrVHLcJKNLpbTzQ%2BMSa9lsPfhfGENf1ds9z%2FFOroBoTU41FKZ6ya%2BW6Nly1O4QP9Xe8KHidlpFkzVDHSRyMdsZrnZ3OXunmUabWzfe9aVF93Tg%3D%3D>> Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AC nº 2006.001.57907/Capital*, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, 14ª Câmara Cível, julgado em 12/09/2007. Disponível em:



<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000348298C73A30B997D9C62A6CFBC3C54F788C402034209&USER=o>> Acesso em: 08 set. 2019.

DOS SANTOS, Marcus Vinícius. *A responsabilidade civil do clube de futebol por danos causados por suas torcidas organizadas*. 2015. 78 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILÍCIO, Gláucia. *Relação entre torcedor e organizador de jogos é de consumo*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-jul-29/vasco_condenado_queda_alambrado> Acesso em: 08 set. 2019.

NOVAES, Pedro Luis Piedade; DOS SANTOS, Vagner Luiz Gonçalves. A polêmica envolvendo a exigência da segurança pública em eventos esportivos privados. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, v. 02, n. 03, p. 54-68, jul./set. 2017.

POLIDORO, Gustavo Machado. *Responsabilidade civil dos clubes de futebol por atos praticados em suas praças desportivas*. 2010. 85 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, 2010.

RODRIGUES, Helder Gonçalves Dias. *A responsabilidade civil e criminal nas atividades desportivas*. São Paulo: Servanda, 2004, p 189.

SOUZA, Gustavo Lopes Pires de; *Estatuto do Torcedor: A evolução dos direitos do consumidor do esporte (Lei 10.671/2003)*. Belo Horizonte: Alfstudio Produções, 2010, p. 69.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 933.

ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS À LUZ DA METODOLOGIA DO DIREITO CIVIL-
CONSTITUCIONAL

Gisela Alves Magalhães Pinto

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O objetivo precípuo deste trabalho é apresentar considerações acerca do instituto dos alimentos compensatórios, a despeito da matéria não ser expressamente positivada no ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma, a aplicação dos alimentos compensatórios nos tribunais brasileiros sofre influência da legislação alienígena. Busca-se elaborar uma tese possibilitando a concessão de uma indenização compensatória àquele cônjuge/companheiro que fica em posição extremamente fragilizada financeiramente em função da ruptura da sociedade conjugal. Faz-se um contraponto em relação à situação que o mesmo desfrutava durante o vínculo. Discorre-se sobre a natureza jurídica do instituto, suas características essenciais, amparando-se sempre nos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal (CRFB/88), em especial os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da responsabilidade e igualdade, inerentes ao Direito de Família.

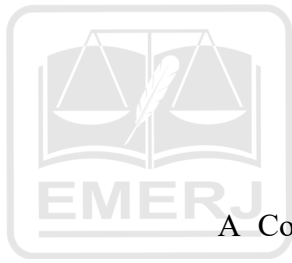
Palavras-chave – Direito de Família. Direito Civil-Constitucional. Alimentos Compensatórios. Dignidade da Pessoa Humana.

Sumário – Introdução. 1. A Metodologia do Direito Civil-Constitucional junto ao Direito de Família. 2. Relevância jurídica dos alimentos compensatórios na hipótese de vigência do regime da separação convencional de bens. 3. Aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana às mulheres que pleiteiam alimentos compensatórios. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o instituto dos alimentos compensatórios, que são prestações fundamentadas no vínculo de solidariedade e no dever de mútua assistência entre cônjuges/companheiros, visando assegurar a manutenção da dignidade de um dos consortes mesmo após a separação. O desfazimento da relação afetiva, especialmente aquelas que se prolongaram no tempo, e tiveram uma história de cumplicidade e cooperação, não pode gerar uma disparidade social e econômica em comparação ao estilo de vida experimentado pelo casal durante a sua convivência.

O instituto é tratado à luz do direito civil-constitucional, que promoveu a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais às relações privadas, repercutindo positivamente no direito de família.



A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento da República, deslocando o enfoque do direito civil, notadamente patrimonialista, para a pessoa em si

O movimento neoconstitucionalista caracteriza-se pela reaproximação entre moral e direito, bem como pela normatização dos princípios, onde o direito civil-constitucional surge como efeito desse movimento e do pós-positivismo.

A pensão alimentícia compensatórios surge e ganha força em consequência do comando constitucional de reparação das desigualdades entre cônjuges e companheiros, sob o manto de uma necessária principiologia para o direito de família.

Nesse novo olhar, a lei, para ser válida, não basta apenas cumprir requisitos formais, mas também ser justa, e, para isso, deve estar em sintonia com os valores sociais.

Deve-se compatibilizar os institutos de direito civil com os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da boa-fé objetiva, entre outros. Não é por outra razão que se fala em direito civil-constitucional, uma vez que os institutos civilistas devem dar concretude aos valores e princípios que constam na Carta Magna.

A solidariedade é o princípio básico de todas as relações familiares e afetivas, de modo que seus membros auxiliem-se reciprocamente sempre que houver tal urgência.

Diante da ausência de legislação específica sobre alimentos compensatórios, a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm tentado reequilibrar a posição econômica dos cônjuges (ou companheiros), afetada pela ruptura da relação de convivência.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a base principiológica dos alimentos compensatórios à luz da metodologia do direito civil-constitucional, analisando-se uma pauta eminentemente objetiva, pois sua concessão judicial está baseada na ausência de equilíbrio econômico e no empobrecimento do credor.

O segundo capítulo traz uma análise da relevância jurídica do instituto, na hipótese de separação de bens, quando, finda a relação, um dos cônjuges/companheiros não recebe qualquer retribuição patrimonial, gerando brusca perda do padrão socioeconômico daquele desprovido de razoável condição financeira.

Reafirma-se que, por meio dos alimentos compensatórios, não se busca igualar economicamente aqueles que foram casados, e, sim, reduzir os nefastos efeitos da repentina e acentuada indigência social, causada pela ausência de recursos e de ingressos até então mantidos pelo parceiro conjugal, e que deixarão de aportar com a separação do casal.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, pilar fundamental da Constituição Cidadã, àquela mulher (na maior parte

das vezes), que sempre esteve dedicada à casa e aos filhos, sem possibilidade de qualquer aprimoramento profissional, já que afastada do mercado de trabalho para atender aos interesses da família.

Visando os melhores resultados da pesquisa, adota-se o método exploratório, buscando-se uma maior proximidade e familiaridade com o tema, possibilitando a obtenção de respostas para fenômenos que, inicialmente, não são objeto de consenso. Desta forma, busca-se formular novas ideias sobre o assunto pesquisado.

Quanto à abordagem da pesquisa, esta será feita pelo método qualitativo, já que o embasamento da tese trazida pela pesquisadora será feito a partir da análise de fontes bibliográficas.

1. A METODOLOGIA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL JUNTO AO DIREITO DE FAMÍLIA.

Caminha-se para um direito civil-constitucional, em que qualquer norma ou cláusula negocial deve estar em conexão com a orientação constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana, conforme profetiza Maria Celina Bodin de Moraes¹.

Com a evolução do direito civil-constitucional, os princípios ganharam maior força normativa e, conseqüentemente, perderam seu caráter de mera supletividade.

Com o advento da Constituição Federal/88, a grande reviravolta surgida no direito de família foi a defesa intransigente da figura humana. A família passou a servir como espaço de proteção à dignidade da pessoa, de forma que todas as disposições pertinentes ao direito de família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa, pilar fundamental da Constituição cidadã, representa uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana, presente em diversos ramos do direito, em especial no direito de família.

Na nova roupagem constitucional as relações familiares têm como ponto de partida a dignidade humana e a solidariedade familiar, sem mandantes e sem mandados, sem nenhuma hierarquia patriarcal para abafar os danos materiais e afetivos causados, geralmente, pelo marido contra a mulher e filhos.

Embora se reconheça a dificuldade no estabelecimento de um conceito unívoco sobre a dignidade da pessoa humana, esse “princípio-matriz” tem por objetivo orientar todo o

¹MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil, imobiliário, agrário e empresarial*, n. 65, São Paulo: RT, p. 21-32.



ordenamento jurídico para realizar os valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais, além dos meramente patrimoniais.

Tal princípio deve ser respeitado por todos, inclusive pelo Estado, a quem cabe a responsabilidade de promover e proteger as condições que viabilizem a vida digna.

A proteção da dignidade da pessoa humana representa uma conquista alcançada ao longo dos tempos, derivada de uma razão ético-jurídica, contra a crueldade e as atrocidades praticadas pelos próprios humanos, uns contra os outros, em sua trajetória histórica. Caracteriza-se, assim, como principal fator de redução de desigualdades entre as pessoas.

A proteção da dignidade humana é, pois, o fim a que se busca com o estabelecimento dos alimentos compensatórios. Sua fixação será ocasional, dependendo da concreta situação dos esposos, e dos pressupostos fáticos que conduzam à apuração de uma efetiva assimetria econômica-financeira de um cônjuge em oposição ao outro.

Muito embora não haja, ainda, nenhuma regulamentação específica sobre o instituto dos alimentos compensatórios no ordenamento jurídico brasileiro, vozes consentâneas com a tendência mundial ocidental o defendem.

Da mesma forma, Rodrigo da Cunha Pereira² o justifica através dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, responsabilidade e dignidade humanas, bem como da vedação do enriquecimento sem causa do cônjuge devedor.

De acordo com Pereira³, o princípio da responsabilidade é um dos mais importantes dogmas contemporâneos, pois os cônjuges são responsáveis pelas escolhas pactuadas na constância do casamento. Neste sentido, quando da ruptura da união, cabe ao cônjuge em vantagem econômica, a responsabilidade pela manutenção do padrão de vida que possuía o outro, que com ele colaborou. Trata-se de responsabilidade contratual, decorrente do acordo firmado entre os cônjuges no casamento.

Conforme lição de Regina Beatriz Tavares da Silva⁴ :

[...]os prejuízos que são ressarcidos com a prestação compensatória advêm do enriquecimento sem causa, ou seja, do fato de um dos cônjuges, na dissolução do casamento, enriquecer-se à custa do outro, porque recebeu dele auxílio em sua ascensão profissional e contribuiu para o seu progresso, inclusive em razão da dedicação que o outro cônjuge deu à educação dos filhos comuns, deixando de progredir na mesma medida que o devedor da prestação compensatória, ou mesmo porque, após a dissolução, o credor dessa prestação não gozará mais dos benefícios, inclusive patrimoniais, do outro cônjuge [...].

²PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p.136.

³Ibid p.137

⁴SILVA apud TRANJAN, Eliette. *Separação de casais*. São Paulo. Consultor Jurídico, 2013, p.1.

Cada casal, estabelece um código próprio de viver: a rotina da casa, a divisão das tarefas domésticas e profissionais, a educação e criação dos filhos, bem como o destino do patrimônio auferido na constância da relação.

Há casais que decidem investir no desenvolvimento profissional de apenas um dos cônjuges, enquanto o outro se dedica exclusivamente à família, à criação dos filhos e ao gerenciamento da vida doméstica. Trata-se, assim, de um acordo, de um pacto estabelecido entre os cônjuges, como melhor forma de desenvolvimento da estrutura familiar.

Os motivos e as circunstâncias que levaram o casal a optar por tal sistemática familiar não importam, contudo, em havendo ruptura da união, essa estrutura estabelecida torna-se relevante para definir os direitos dos cônjuges no período pós-casamento.

Tal análise mostra-se extremamente importante em relação ao cônjuge que renuncia às suas expectativas profissionais e, durante o casamento, por dedicar-se exclusivamente à família, à criação dos filhos e à vida doméstica, não exerce qualquer atividade profissional, dependendo financeiramente do outro cônjuge.

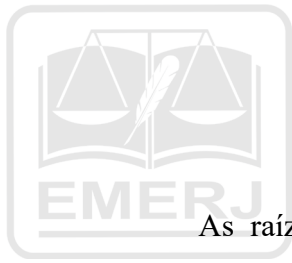
Parece intoleravelmente injusto que um marido possa deixar a família, levando consigo o seu poder de ganhar dinheiro, deixando esposa e filhos em situação bem menos vantajosa. Forçados a lutar por si mesmos, sua posição econômica é muitas vezes precária.

Diante de tal quadro, após o rompimento da união, esta mulher certamente não estará em condições de inserir-se no mercado de trabalho, após anos de afastamento, nem tampouco terá condições de alcançar uma posição profissional que lhe permita uma condição econômica digna.

Na maioria das vezes, a mulher, já com idade mais avançada, não terá tempo nem oportunidade de reconquistar seu espaço profissional.

Casos como esses, entre outros, tão frequentes na realidade social, pugnam por uma resposta jurídica decisiva. Busca-se justiça, para essas mulheres (na maioria da vezes) que lutaram junto aos seus parceiros durante toda uma vida, por meio da cooperação e da cumplicidade, e, de repente, quando do fim do relacionamento, ficam em situação de extrema dificuldade financeira.

O direito de família é um ramo que vem sofrendo profundas modificações, buscando conciliar seu conteúdo com as realidades sociais e procurando se adequar a elas. Na busca por essa adequação, o direito brasileiro tem se servido da experiência de legislações de outros países para atender às atuais necessidades.



As raízes dessa nova possibilidade no direito de família estão fixadas no direito comparado. De acordo com o professor Rolf Madaleno⁵, o tema dos alimentos compensatórios passou da legislação alemã para a espanhola e a francesa, sendo também incorporado por diversas legislações, como a da Itália, da Áustria, Reino Unido da Grã-Bretanha e Dinamarca.

Ademais, considerando a mutabilidade do direito de família e a busca por sua adequação às transformações sociais, muitas vezes o direito não possibilitará soluções imediatas para os conflitos e para as novas realidades. Nesses caos, torna-se necessária a interpretação dos princípios, à base do direito familiar, permitindo a efetivação dos valores da sociedade e possibilitando o alargamento das garantias existentes.

Embora não reconhecido pela legislação brasileira, o instituto vêm fortalecendo-se por meio da doutrina e da jurisprudência, que têm avançado no sentido de se firmar a teoria dos alimentos compensatórios como forma de compensar o cônjuge prejudicado e evitar uma queda brusca nas condições de vida, em razão do fim do casamento.

Trata-se, aqui, de uma indenização, de um reequilíbrio na enorme disparidade econômica gerada nas condições de vida de um cônjuge em relação ao outro, quando do desfazimento da união conjugal. Assim o fazendo, respeita-se o projeto familiar estabelecido pelo casal, bem como se promove os princípios da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, bem como da vedação do enriquecimento sem causa.

Tais alimentos envolvem não apenas os mantimentos necessários para a alimentação, como também recursos indispensáveis para que o cônjuge credor mantenha uma vida social digna. Por assim o ser, os alimentos compensatórios têm caráter muito mais indenizatório do que alimentar.

2. RELEVÂNCIA JURÍDICA DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS NA HIPÓTESE DE VIGÊNCIA DO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

O direito alimentar carrega diferentes características que destoam das outras obrigações civis, por atuar em uma faixa de valor superior, indispensável e indisponível para a sobrevivência do ser humano. Essa sua especial natureza visa assegurar proteção ao credor de alimentos, mediante regramento diferenciado, pois os alimentos cobrem suas necessidades vitais, cuja satisfação não pode admitir postergações.⁶

⁵MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 996.

⁶ Idem. *Curso de Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 634-635.

Por assim o ser, é um campo muito rico dentro do direito de família e que permite mudanças constantes. Tais transformações já foram observadas em diferentes momentos históricos, permitindo a adequação do universo jurídico à realidade.

Passagem histórica do direito alimentar brasileiro considerou que, ao lado da sua função de subsistência, a pensão alimentícia também guardava um viés indenizatório. Memoráveis lições acerca da natureza indenizatória da pensão alimentícia são registradas na obra de Tito Fulgêncio⁷, com suporte no art. 159 do Código Civil de 1916, aduzindo ser aquele dispositivo a fonte do caráter indenizatório do direito alimentar, abonando à mulher inocente e pobre a reparação do prejuízo causado pela conduta do marido, que a privou dos recursos que o casamento lhe autorizava a contar para viver.

Os alimentos compensatórios estão à margem de qualquer discussão acerca das causas da separação ou do divórcio dos cônjuges (ou da dissolução da união estável), mas ingressam unicamente na análise objetiva do padrão social e econômico experimentado pelos mesmos ao longo da relação afetiva.

Neste sentido, eles serão fixados quando a quebra do vínculo conjugal gerar contundente disparidade e desequilíbrio patrimonial a um dos cônjuges/companheiros.

A disparidade em comento pode se dar de várias formas, em especial: quando o regime de bens pactuado for o da separação total, hipótese em que não haverá partilha; quando um dos cônjuges, em comum acordo, abre mão da carreira profissional para cuidar dos filhos e dedicar-se às tarefas domésticas em prol da família, e o outro atinge elevada qualificação profissional; e ainda quando o casal, também de comum acordo, investe exclusivamente nos estudos e qualificação profissional de apenas um deles, para melhorar a condição social/econômica da família e, após atingir o objetivo, o que foi beneficiado rompe a união.

Diversas são as possibilidades que justificam a compensação alimentar no Brasil e sua diferenciação dos alimentos regulares. Como adverte Rodrigo da Cunha Pereira⁸, eles se prestam à manutenção do padrão social ou econômico de alguém em situações nas quais a relação matrimonial é longa e o histórico de cooperação conjugal resta comprovado.

Nos dias de hoje, não são raros os casos em que a mulher abdica de sua carreira para se dedicar exclusivamente às atividades domésticas e aos cuidados com os filhos e com o marido, enquanto este trabalha para construir a fortuna familiar. Como consequência natural,

⁷ FULGÊNCIO, Tito, *Do desquite*. São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva & Comp., 1923, p. 161.

⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p.134.

adquire-se patrimônio considerável, auferido claramente com a ajuda da mulher, alcançando o casal elevado padrão social.

Defende-se a fixação dos alimentos compensatórios, de forma mais veemente, quando o regime de bens pactuado pelos cônjuges for o da separação convencional, hipótese em que não há partilha de bens, por força do art. 1.687 do CC/2002.

Nesse sentido, o intuito dos alimentos compensatórios é proteger a mulher (na maior parte das vezes), que, afastada do mercado de trabalho por arranjo realizado para atender aos interesses de ambos os cônjuges, se vê em uma situação de extrema dificuldade quando do término da união, uma vez inexistente qualquer comunicação de bens.

Um dos fundamentos do instituto seria a vedação do enriquecimento sem causa, nos termos do art. 884, do CC/2002. Há que se falar também no princípio da solidariedade, com índole constitucional, nos termos do art. 3º, inc. I, da CF/1988.

A legislação comparada tem outorgado o direito de este cônjuge pleitear uma compensação econômica, sempre quando o regime pactuado gerar alguma situação de desigualdade patrimonial entre o casal.

Desta forma, sendo os alimentos compensatórios uma forma de manter o equilíbrio financeiro quando do rompimento do vínculo matrimonial, estes incidem, normalmente, quando há o regime da separação total de bens e nas circunstâncias já expostas.

Nessas situações, o patrimônio adquirido na constância do relacionamento ficará apenas com um dos cônjuges, hipótese em que o outro, inexoravelmente, suportará uma abrupta queda de seu padrão de vida. Neste caso, o instituto dos alimentos compensatórios visa amenizar esse desequilíbrio econômico, sem pretender a igualdade econômica do casal que desfez sua relação, mas, sobretudo, “reduzir os efeitos deletérios surgidos da súbita indigência social, causada pela ausência de recursos pessoais, quando todos os ingressos eram mantidos pelo parceiro, mas que deixaram de aportar com a separação ou com o divórcio.”⁹

Neste sentido, o julgado do Superior Tribunal de Justiça¹⁰, proferido em 19/12/2017:

[...] em síntese, conforme a construção doutrinária, a pensão compensatória busca restabelecer o desequilíbrio econômico gerado pelo divórcio, recompensando um dos cônjuges pelos eventuais prejuízos provenientes da ruptura da sociedade conjugal. (...) Apreciando caso emblemático, a 4ª Turma houve por bem manter os alimentos compensatórios fixados pelas instâncias ordinárias por entender ter havido uma grave injustiça na mudança abrupta do padrão de vida de um dos cônjuges que, por ter sido casada em regime de separação total de bens, ficaria completamente desprovida de bens e de meação após a dissolução do casamento[...].

⁹ MADALENO, op. cit. 2008, p. 726-728.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1655689/RJ*, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em : 13 ago. 2019.

Na doutrina contemporânea, outros juristas veem com bons olhos a sua fixação. Nessa linha está Maria Berenice Dias¹¹, para quem deve o “cônjuge mais afortunado garantir ao ex-consorte alimentos compensatórios, visando a ajustar o desequilíbrio econômico e a reequilibrar suas condições sociais”. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹², acrescem o fundamento na boa-fé objetiva, eis que “durante o relacionamento, um dos cônjuges acaba criando no outro a justa expectativa de manutenção do mesmo padrão de vida, caso o relacionamento seja dissolvido”.

Em apertada síntese, deve-se investigar a situação econômica vivenciada quando do advento da separação e se um dos consortes ficou em posição econômica e financeira desfavorável em relação à vida que levava durante o matrimônio. Ressalte-se que os alimentos compensatórios vêm com o intuito de corrigir essa distorção e restabelecer o equilíbrio material.

O Código Civil espanhol, regulando muito bem o instituto, determina que a quantificação dos alimentos compensatórios deverá levar em conta uma série de circunstâncias, tais como : 1º) o acordo entre os cônjuges, em que um deles abdicaria da carreira profissional para se dedicar integralmente à família e à educação dos filhos; 2º) a idade e saúde da parte requerente, 3º) a sua probabilidade de acesso ao mercado de trabalho; 4º) a eventual perda de um direito de pensão alimentícia; 5º) sua contribuição com o crescimento profissional do outro cônjuge; 6º) A riqueza e os meios econômicos, bem como as necessidades de um e do outro cônjuge; 7º) qualquer outra circunstância relevante.

Não é crível que em términos afetivos duradouros um dos consortes sofra os nefastos impactos da indulgência social, com grande baixa patrimonial, após anos de investimento pessoal e sem nenhum tipo de compensação financeira.

3. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ÀS MULHERES QUE PLEITEIAM ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

Matéria em constante evolução, escrever sobre direito de família é sempre um grande desafio. Talvez seja justamente por reconhecer esse estado de volatilidade social, que uma nova metodologia de interpretação constitucional tenha sido desenvolvida.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo:RT, 2010. p. 540.

¹² FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 4. ed. V. 6. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 791.

A prestação de alimentos civis e compensatórios, este de cunho eminentemente indenizatório, mais do que um dever moral familiar, caracteriza-se como garantia de uma vida digna ao indivíduo fragilizado, que em nada se assemelha à caridade, mas, antes, à justiça.

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito. É, portanto, o princípio máximo, que passou priorizar o indivíduo como destinatário principal da lei.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet¹³, a dignidade tem um caráter normativo justamente em razão de ser, dentre os princípios da ordem constitucional, o fundamental com relação à pessoa. Afirma, ainda, que esse princípio também atua como parâmetro quando há colisão entre os direitos fundamentais e/ou princípios. É o princípio dos princípios.

O direito de família é o ramo do direito privado em que a proteção da pessoa humana mais se impõe, uma vez que qualquer conflito coloca o indivíduo à mercê, no mínimo, de um abalo emocional.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁴, as relações familiares passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada um de seus integrantes e a dignidade da pessoa humana, alçada no topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico brasileiro, encontra na família o solo apropriado para seu enraizamento e desenvolvimento, o que justifica que o Estado dê especial e efetiva proteção às famílias.

No Brasil, os alimentos compensatórios carecem de previsão legal, sendo um grande desafio para a doutrina e para a jurisprudência tratarem do assunto. Ambos reconhecem sua existência, que vem ganhando espaço nos debates.

Muito embora não encontrem, ainda, respaldo normativo, não se pode olvidar que a ausência de legislação específica seja argumento para não decidir no caso concreto. Neste sentido, observa-se o crescente número de decisões reconhecendo os alimentos compensatórios, desengessando posições rígidas outrora dominantes.

De acordo com Maria Berenice Dias¹⁵:

[...] a Constituição Federal elege o respeito à dignidade da pessoa humana como base de um Estado que se quer Democrático de Direito, consagrando enorme rol de princípios, garantias e direitos. No entanto, para dar efetividade a todos esses comandos, é necessário o suporte da legislação infraconstitucional. Como o legislador se omite, deixando de cumprir o seu papel institucional, acaba o Poder Judiciário assumindo o encargo de garantir ao cidadão os direitos que lhe são assegurados pela Carta Magna. Cada vez mais os juízes estão conscientes desta

¹³ SARLET, apud FARACO, Luciane. Os princípios constitucionais do direito de família. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* nº 32, Porto Alegre, 2014, p. 233.

¹⁴ *Ibid.*, p. 233-234.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Além de cega, muda!* Disponível em: <www.ibdfam.org.br/artigos>. Acesso em: 23 set. 2019.

verdadeira missão de preencher os vazios da legislação segundo os desígnios constitucionais. A carência de norma legal não torna o pedido de tutela juridicamente impossível. A falta de lei não significa inexistência de direito, e o magistrado não pode barrar o acesso à justiça alegando ausência de previsão legislativa. Afinal, o juiz não é somente a boca da lei, como dizia Montesquieu[...].

O dever de julgar o caso concreto independe do respaldo em norma legal expressa e precisa ser exercido de forma responsável e corajosa. Como bem assevera Maria Berenice Dias¹⁶:

[...] o ato de julgar não se esgota em dar uma resposta às partes. Vai além. Cada julgamento leva à construção da jurisprudência, que, ao consolidar-se, acaba pressionando o legislador a editar leis segundo as diretrizes ditadas pela Justiça. Decisões judiciais pioneiras e de vanguarda, que conferem direitos que não têm previsão na lei, mas nos princípios constitucionais são de enorme repercussão por garantirem o exercício da cidadania. Forjam mudanças, estabelecem novos paradigmas que servem de pautas de conduta à sociedade e acabam por provocar avanços. E, no momento em que a orientação jurisprudencial é transformada em normas legais, consolida-se a democracia. Deste modo, mister reconhecer que a sociedade avança na medida em que o Judiciário assegura a eficácia à Constituição[...].

Há muito é contestada a representação da Justiça por uma deusa cega. Themis não serve mais para significar que a justiça deve ser igual para todos. Para ser justa, a justiça precisa ver as diferenças.

Com grande acerto, a autora¹⁷ afirma ser o direito de família, ou direito das famílias, como ela prefere chamar, o mais humano de todos os direitos. Sendo a família a base da sociedade, ela precisa ser estruturada de forma sólida. Porém, muitas vezes, os arranjos e combinados familiares são esquecidos ao longo dos anos e precisam socorrer-se da justiça para que não sobrem ressentimentos.

Nesse sentido, a pensão compensatória foi pensada com a finalidade de corrigir a situação econômica da mulher após findo o casamento. Aqui se pensa na mulher dona de casa, que, em função do arranjo estabelecido pelo próprio casal, abdicou da vida profissional para se dedicar à família, a organização do lar, o apoio ao marido e o cuidar dos filhos e, quando do divórcio, se vê em posição de enorme fragilidade financeira, muitas vezes, inclusive, sem expectativa de acesso ao mercado de trabalho e sem qualquer patrimônio.

Como bem ressalta a autora¹⁸:

[...] mesmo tendo as mulheres conseguido alguns avanços, as tarefas domésticas e o compromisso com relação aos filhos permanecem – com raríssimas exceções – sendo encargo exclusivamente feminino. Os homens, no máximo, prestam algum auxílio, mas a responsabilidade pelo funcionamento do lar continua sendo da esposa,

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Idem. *O compromisso do IBDFAM*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/artigos>. Acesso em: 23 set. 2019.

¹⁸ Idem. *Todo mundo sabe*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/artigos>. Acesso em: 23 set. 2019.

da mãe A quem tenha qualquer dúvida de que este é um direito e não um privilégio, cabe indagar se já assumiu sozinho as tarefas femininas. Então, que o faça! Se o fizer um dia, saberá a resposta...todo mundo sabe[...].

Aqui, mostra-se a total pertinência dos alimentos compensatórios àquela mulher que, ao longo dos anos, se dedicou exclusivamente à família.

As leis que regem o direito de família não são as que estão nos códigos, é muito mais o que se consegue aprender das histórias de cada um dos atores que se apresentam nus quando constatarem a falência de frustradas tentativas de transformar em realidade o sonho do amor eterno e o mito da família feliz.

O foco de preocupação não pode se exaurir no mero tecnicismo legal que busca amarrar a vida dentro de um emaranhado de regras e normas. Daí a necessidade de se promover profunda transformação na forma de perceber as questões de família. Destaca-se, aqui, o forte influxo constitucional recebido pelo direito de família, propondo-se uma releitura do Código Civil à luz dos dispositivos constitucionais.

A lei não consegue acompanhar o acentuado desenvolvimento social dos dias de hoje. Não há condições de albergar todos os fatos sociais dignos de regramento. Os juízes precisam se conscientizar de que as regras legais não podem servir de limites à prestação jurisdicional. Ao que escapa da normatização ordinária, precisa encontrar resposta nos direitos fundamentais que cada vez mais vêm buscando guarida em sede constitucional. A Constituição Brasileira elegeu como seu dogma maior a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, fundamental e desafiadora a atuação do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que não se acanha em firmar posições de vanguarda, rompendo séculos de conservadorismo e preconceito que sempre rondaram a justiça, insurgindo-se, corajosamente, contra posições doutrinárias consolidadas e jurisprudência pacificada.

CONCLUSÃO

É da natureza do Direito estar em constante construção. Novas questões são apresentadas e, certamente, não podem ficar no campo da invisibilidade jurídica, demandando respostas dos aplicadores do direito.

O presente artigo tratou do instituto dos alimentos compensatórios, analisando a sua aplicação como forma de restabelecer o equilíbrio socioeconômico entre ex-consortes, abalado em virtude do rompimento do vínculo conjugal. Objetiva-se reduzir, tanto quanto possível, os nefastos efeitos daí advindos.

Na constância da união, o casal adquire patrimônio e alcança determinado padrão de vida, porém, muitas vezes, tal situação modifica-se de forma repentina e abrupta no momento do rompimento da relação afetiva.

Não havendo regulamentação expressa sobre o instituto, a jurisprudência brasileira sofre a influência do direito alienígena e sua análise é feita numa perspectiva civil-constitucional, em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade. Nesse sentido, imprescindível que os juristas compreendam os princípios fundamentais envolvidos nos alimentos compensatórios, tornando sua aplicabilidade efetiva, de forma a garantir o intento do legislador constitucional.

O fato gerador de novos institutos, tal como o ora tratado, manifesta-se por meio das constantes mudanças sociais, tão peculiares no âmbito do Direito de Família, gerando a necessidade de proteção jurídica.

A fixação dos alimentos compensatórios deve levar em conta as condições e o padrão de vida anterior do casal, especialmente nos casos de adoção do regime de separação convencional de bens e quando, mediante prévio acordo, um dos cônjuges dedicou-se exclusivamente à família e à criação dos filhos, sem qualquer possibilidade de ascender profissionalmente.

Em que pese a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres preconizada na Constituição Federal de 1988, na prática não é o que se percebe. A mulher continua sozinha na tarefa de cuidar da casa e dos filhos, gerenciar o lar, dar todo o suporte psíquico e emocional ao marido para que ele possa crescer cada vez mais em sua profissão. Tudo em nome do casal e da família.

Quando o amor acaba, e, às vezes, ele acaba mesmo, a ideia de justiça tem olhares diferentes entre homem e mulher. Pensa-se logo que o trabalho doméstico, tão cansativo e tão pouco valorizado, nada significou para o crescimento patrimonial. Ledo engano! Há de ser lembrado que, sem ele, não haveria família e filhos psiquicamente saudáveis.

É medida de justiça a valorização do trabalho doméstico desenvolvido por essas mulheres e atribuir-lhe um conteúdo econômico, como forma de compensação àquelas que, muitas vezes, acabam abandonando o mercado de trabalho para se dedicarem exclusivamente ao lar. Relembre-se, também, que quando decidem optar por uma carreira profissional, às mulheres é reservado o salário desigual e a dupla jornada de trabalho.

A união conjugal presume a elaboração de uma pacto de vida, no qual um dos cônjuges abdica um pouco mais que o outro em relação aos seus sonhos pessoais, com o fim



de construir uma sólida estrutura familiar. Enquanto um cresce profissionalmente, o outro se estagna em nome da família.

Muitas vezes, as mulheres até já têm uma carreira estável, contudo, com a maternidade, priorizam a família e, é claro, por insistência do marido/companheiro acabam cedendo e renunciando à carreira profissional. Trata-se de um combinado entre os ex-consortes, onde cada um terá o seu papel dentro da estrutura familiar.

O grande desafio que se vislumbra é a utilização de justos critérios para fixar alimentos compensatórios a essa categoria de mulheres que, após tantos anos de dedicação exclusiva aos filhos e à família, com o fim do relacionamento ficam em situação de grande dificuldade financeira. Não há falar aqui em incentivo ao ócio, como alegam alguns, mas sim de verdadeira necessidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.655.689/RJ*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 out. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Além de cega, muda!* Disponível em: <www.ibdfam.org.br/artigos>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *O compromisso do IBDFAM*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/artigos>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *Todo mundo sabe*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/artigos>. Acesso em: 23 set. 2019.

FARACO, Luciane. Os princípios constitucionais do direito de família. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, nº 32, 2014.

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FULGÊNCIO, Tito, *Do desquite*. São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva & Comp., 1923.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Curso de Direito de Família*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Curso de Direito de Família*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *In: Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, n.65, São Paulo: RT.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

CONDUTA SOCIAL E A IMPOSSIBILIDADE DA VALORAÇÃO NEGATIVA DO USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES NA DOSIMETRIA DA PENA

Gisele de Almeida Barreto Belchior

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – A dosimetria da pena apresenta como consectários o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da individualização da pena, que funcionam como garantias e balizadores da atuação estatal. A essência do trabalho é abordar as considerações trazidas no bojo das circunstâncias judiciais e retratar a impossibilidade da valoração negativa do uso de entorpecentes no substrato da conduta social, uma vez que haveria um exponencial aumento de pena em virtude de uma patologia, reforçando o caráter meramente punitivo da pena. O trabalho pretende discorrer sobre as limitações na primeira fase da dosimetria da pena, especificamente a conduta social, considerando a eficácia positiva e negativa dos direitos humanos. Vale mencionar que o trabalho apresenta Jurisprudência que rechaça a aplicação da conduta social para desvalorar a conduta do agente e princípio institucional da Defensoria Pública que reforça o afastamento do aumento no processo dosimétrico.

Palavras-chave – Direito Penal. Dignidade da Pessoa Humana. Dosimetria da pena. Conduta Social. Uso de substâncias entorpecentes. Direitos Humanos.

Sumário – Introdução. 1. Princípio da Individualização da Pena: direito subjetivo do acusado e a sua repercussão na fixação da pena-base 2. Dosimetria da pena: conduta social como norteadora de comportamentos morais desejáveis. 3. A impossibilidade do aumento da pena-base em decorrência do uso de substâncias entorpecentes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de valoração negativa da condição de usuário de substâncias entorpecentes na dosimetria da pena. O intuito é demonstrar que o aumento da pena em decorrência do uso de substâncias entorpecentes viola o princípio da individualização da pena, mas é necessário analisar em que medida essa prática acarreta em violação ao princípio da dignidade humana em decorrência da criminalização de uma patologia.

Para isso, mobiliza-se jurisprudências em que a condição de usuário de drogas é valorado negativamente na sentença, de modo a aumentar significativamente a pena do condenado, instaurando-se discussão sobre a razoabilidade da medida.

O princípio da individualização da pena é previsto na Constituição Federal vigente, sendo, portanto, a garantia de que os indivíduos tenham condenações que levam em conta suas peculiaridades. É possível se fazer indagações sobre até que ponto os processos que

chegam ao judiciário são analisados de forma individualizada, para que a necessidade do aumento de pena na primeira fase seja analisada casuisticamente.

O tema é bastante discutido na doutrina e na jurisprudência, sendo, inclusive, alvo de teses institucionais da defensoria pública, uma vez que envolve a aplicação de direitos e garantias fundamentais do condenado.

Para melhor delimitar o tema, busca-se o conceito de "conduta social" do Código Penal e a sua aplicação pelos operadores do direito, para compreender o seu alcance no sistema penal. Busca-se perceber as jutisificativas para o aumento da pena e se as justificativas violam os princípios gerais da pena.

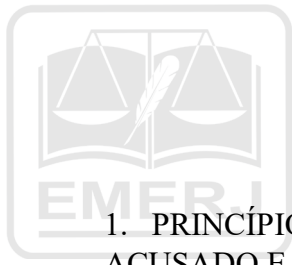
Inicia-se o primeiro capítulo do presente trabalho, analisando o princípio da individualização da pena, suas balizas e o tratamento do instituto na jurisprudência e doutrina contemporâneas, bem como a discussão que envolve sua aplicação na dosimetria da pena do condenado e as consequências de uma pena aplicada que não corresponda ao delito praticado por desconsiderar os pressupostos basilares da individualização da pena prevista no sistema de garantias penais.

No segundo capítulo, pondera-se sobre os limites do aumento da pena em decorrência da conduta social, para averiguar concretamente se o instituto vem sido aplicado violando o princípio da dignidade da pessoa humana, ou se o que se verifica é a aplicação da pena pela punição em si mesma.

O terceiro capítulo analisa a aplicação da lei de drogas no ordenamento jurídico. Procura-se verificar de que maneira é possível aplicar a dosimetria da pena de maneira a homenagear a reinserção social dos usuários e dependentes de substâncias entorpecentes na sociedade e de que maneira será possível afastar o aumento da pena para que seja privilegiado o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio implícito constitucional como fundamento de limitação da atividade estatal.

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. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO E A SUA REPERCUSSÃO NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE

O ordenamento jurídico possui como alicerce a relação entre normas e princípios. Os princípios sempre funcionaram como objeto de análise pela construção doutrinária e jurisprudencial, na medida em que a extração de um conceito definiria os limites de sua aplicação e as consequências da sua não observância. No entanto, apesar das dificuldades dogmáticas na conceituação dos princípios, é certo que eles estão presentes, definindo a lógica e a racionalidade do sistema normativo, interpretando um sistema jurídico positivado e resguardando uma unicidade do ordenamento conferida pelos princípios.

Na busca pela conceituação e aplicabilidade dos princípios, alguns autores estabeleceram a distinção entre regras e princípios. Nessa seara, Dworkin¹ surge afirmando que os princípios possuem em sua essência o objetivo de orientar as decisões, podendo ser aplicados em graus e que a aplicação de um princípio não desclassifica a utilização de outro. O autor afirma que os princípios não possuem uma mensuração exata, mas que trazem ao intérprete a direção na interpretação das regras.

A aplicação dos princípios encontra relevância ainda maior na seara do Direito Penal e Processual Penal, uma vez que há uma forte interveniência do Estado para gerir conflitos sociais, assim, a aplicação dos princípios visa orientar a atuação dos entes na persecução penal, evitando abusos e garantindo que as penalidades sejam aplicadas de maneira menos invasiva e mais harmoniosa com os núcleos de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal em vigor.

A aplicação dos princípios tem, portanto, uma função de balizar a aplicação das normas criadas pelo legislador, permitindo que o sistema seja razoável e conferindo ao magistrado a sua correta observância. Além do mais, a observância dos princípios confere uma maior legalidade na aplicação da lei penal, afastando qualquer insegurança decorrente de sua interpretação. Conclui-se, portanto, que os princípios penais cumprem um papel de destaque no âmbito de tantas normas escritas.

Há na doutrina² a preocupação em analisar o substrato dos princípios considerados, ou seja, se os princípios vão decorrer de uma previsão constitucional explícita ou implícita, ou ainda, se decorrem do plano infraconstitucional, à medida que diversas leis esparsas criaram

¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 274.

² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p.20.

princípios, não sendo monopólio de texto constitucional. Assim, há princípios gerais do direito, previstos no texto constitucional, como o dever de aplicação da lei mais benéfica e o dever de observar sempre a legalidade das normas aplicadas no caso concreto e os princípios que decorrem de construções doutrinárias, o que em nada prejudica na sua aplicabilidade.

Nesse contexto, surge o princípio da individualização da pena. O ato de individualizar privilegia a observação de características distintivas do objeto analisado e na esfera do direito penal, a análise individualizada do autor e do fato se torna fundamental. O princípio visa observar as particularidades dos casos analisados, uma estrita observância dos caracteres distintivos na busca da aplicação de uma lei penal justa, resguardando as individualidades das ocorrências.

De acordo com Nucci³, há várias formas de fazer a individualização, que se desenvolve em algumas etapas, previstas tanto na elaboração do tipo penal quanto na fixação das penas abstratas do tipo criado. Há permissão ao magistrado de aplicar a pena concreta em observância do fato praticado, dentro dos limites estabelecidos pela norma, podendo o juiz observar concretamente o fato narrado. Ainda há a hipótese, em que vários réus podem ter progressão na execução de maneira distinta, ainda quando da prática do mesmo delito, uma vez que vários critérios servirão para distinguir suas características peculiares. Essas são facetas do mesmo princípio da individualização da pena.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁴ afirma que o princípio da individualização da pena deve ser observado nas fases legislativa, judicial e na fase de execução da pena. Observa-se que o princípio em comento desperta manifestações jurisprudenciais a respeito de sua importância, sendo garantia do indivíduo acusado de que sua pena corresponda ao deslinde do fato praticado.

Nota-se que não raras vezes é possível perceber o quanto a aplicação do princípio é mitigada, ocasionando inúmeros excessos e abusos quanto à aplicação da pena, violando o direito subjetivo do acusado de obter a condenação penal justa e livre de qualquer etiquetamento ou padronização do comportamento. A não observância da individualização no ato da dosimetria penal acarreta um verdadeiro prejuízo à aplicação de outros princípios, como o princípio da isonomia, proporcionalidade e principalmente, viola a dignidade da pessoa humana, vetor axiológico de todo o ordenamento.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AgEx 0350388-21.2003.8.19.0001/RJ*, 1.a Câmara Criminal. Relator: Des. Marcus Henrique Pinto Basilio. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201007600411>. Acesso em: 17 out. 2015.



É possível afirmar que as violações ocorrem principalmente na individualização judiciária da pena e na sua aplicação penal, uma vez que o juiz possui discricionariedade para estabelecer o *quantum* de aplicação da pena incidirá em cada fase da dosimetria da pena. Deve sempre ser ressaltado que o juiz não é livre para escolher qualquer pena, subordina-se às penas já mensuradas nos tipos penais e além do mais, o princípio da individualização da pena se torna, também, um instrumento balizador na aplicação penal, não podendo o juiz ultrapassar a aplicação de uma pena suficiente e necessária.

É justamente no contexto da aplicação penal, instrumentalizada por meio do sistema trifásico de dosimetria da pena adotado no Brasil, que surge na doutrina e na jurisprudência grandes discussões sobre o que pode ser considerado nas fases da aplicação penal, o que violaria o princípio da individualização da pena e o que afrontaria a vedação do *bis in idem*⁵, surgindo diversas análises discrepantes na jurisprudência e ocasionando uma aplicação da pena excessiva sem adaptar o seu *quantum* ao indivíduo apenado, havendo completa dissonância entre o direito e a justiça.

Dentro dessa análise é possível vislumbrar as circunstâncias e as consequências do da aplicação do artigo 59, do Código Penal na primeira fase da dosimetria da pena, sendo o artigo alvo de profundos e acalorados debates sobre a sua eficácia na individualização da pena. O artigo em comento vai enumerar os elementos que servirão de fundamentação para a gradação penal na primeira fase da dosimetria, ou seja, na ocasião da fixação da pena-base.

Ao juiz é conferida a análise da culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como circunstâncias e consequências do crime, todos com a finalidade retributiva da pena, fatores que quase sempre são utilizados de forma equivocada e prejudicial ao condenado. Uma das maiores críticas ao dispositivo é, acertadamente, a falta de clareza e objetividade dos pressupostos que podem ser considerados na fixação da pena-base.

Conclui-se, portanto, nesse primeiro momento, que há uma dificuldade na concreção da justiça na primeira fase da dosimetria, uma vez que no artigo 59⁶ do código penal, os conceitos que devem ser utilizados na individualização da pena são abertos, ficando à cargo da jurisprudência estabelecer o limite de cada fator, possibilitando a aplicação de uma pena irrazoável e desproporcional, trazendo insegurança jurídica e ferindo justamente o princípio no qual se propôs a criação da norma em comento com as interpretações ampliativas criadas pelo judiciário na sua aplicação.

⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.114.

⁶BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2019

Vale mencionar que os conceitos abertos do artigo anteriormente mencionado podem acarretar uma individualização da pena que despreza a sua função de imprimir à reprimenda um caráter justo e razoável para cada autor e cada delito praticado.

2. DOSIMETRIA DA PENA: CONDOTA SOCIAL COMO NORTEADORA DE COMPORTAMENTOS MORAIS DESEJÁVEIS

A sentença é um ato processual que merece destaque dentro da persecução criminal, pois, por meio de um processo dosimétrico chega-se à quantidade de pena razoável dentro do limite mínimo e máximo fixado pelo legislador para cada conduta típica. O modelo brasileiro adota nas dosimetrias penais o sistema trifásico, o que significa dizer que a pena é calculada tendo como primeira fase a pena-base fixada, a segunda-fase a consideração de circunstâncias atenuantes ou agravantes e a terceira fase as eventuais causas de aumento e diminuição da pena. .

Na primeira fase do referido processo o magistrado utiliza aspectos chamados de circunstâncias judiciais, levando em consideração elementos como culpabilidade, conduta social, personalidade do agente, motivo e circunstâncias do crime para estabelecer a pena-base. Os elementos existentes na fixação de pena-base são elementos que possibilitarão a individualização da reprimenda, uma vez que utilizados, conferem um caráter singular na medida em que cada circunstância envolverá o crime de forma diferente, a depender do delito e do agente que praticou.

Nessa seara, encontra-se a circunstância judicial da conduta social. A conduta social é, de acordo com a doutrina⁷, o papel do réu na comunidade. Ou seja, é na conduta social que será analisada a sua inserção social, suas relações interpessoais e como interage dentro do coletivo. Incentiva-se que o magistrado conheça a história no qual inserida o acusado, de maneira a possibilitar o conhecimento de condutas reprováveis ou não praticadas no seio familiar, do trabalho e em outras instituições sociais no qual o acusado dialogue.

De acordo com Teori Zavascki⁸, antes da reforma do Código Penal, entendia-se que os antecedentes eram fatores que abrangiam o passado todo do condenado, sendo eles

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 374.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº144081*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+144081%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ydbso6sj>. Acesso em: 25 ago. 2019.



registros criminais ou a sua conduta social. No entanto, após o advento da lei 7.209/84, a conduta social ganhou contornos próprios, não se confundindo com os antecedentes criminais.

Assim, com o surgimento da referida lei, as condutas anteriores ao fato passam a ter na primeira fase da dosimetria da pena um papel de destaque. Leva-se em consideração a menor ou maior censura dos atos praticados, havendo de acordo com elas uma variação da pena aplicada pelo legislador, nesse contexto, caso o acusado tenha uma família, se era violento, se era religioso, se fazia uso frequente de bebidas alcoólicas ou frequentava locais violentos, são fatores que influenciarão no julgamento de seu delito. Conclui-se, portanto, que os antecedentes sociais não se confundem com os antecedentes criminais do agente.

Analisando a conduta social, os Tribunais Superiores vem reformulando sua jurisprudência e reduzindo o seu âmbito de incidência e aplicação nessa primeira fase da dosimetria. Assim, entendeu em 2018 o Superior Tribunal de Justiça⁹ que não podem ser consideradas na conduta social, de forma desfavorável, as condenações anteriores transitadas em julgado. A corte constitucional privilegiou o princípio da individualização da pena, uma vez que as condenações transitadas em julgado que não utilizadas na reincidência, não poderiam fundamentar uma negatização da conduta social, uma vez que houve o desmembramento desta com os antecedentes criminais.

Após essas considerações, observa-se que a previsão da conduta social como circunstância judicial enfrenta uma série de debates acadêmicos e jurisprudenciais na sua aplicação concreta. De acordo com Rodrigo Roig¹⁰, a compreensão da conduta social traz circunstâncias penalmente irrelevantes da vida do acusado como fator de acréscimo na pena. acarretando uma criminalização do ambiente familiar, social e das características de personalidade do agente, o que deveriam ser descartados na análise do fato praticado.

A condição de vida, como baixa escolaridade, saúde precária, uso de drogas, locais que frequenta e as demais situações que encontram na pobreza o seu fator preponderante, acabam sobrelevando a pena de quem já sofre com os estigmas sociais. Assim, há os autores que acreditam que haveria, por sua vez, uma criminalização da pobreza, conforme se extrai de Loic Wacquant¹¹.

Nessa seara de aumento de pena em virtude das interações sociais do autor, há a incidência do chamado direito penal do autor, descartando todo o processo histórico de

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça n° *REsp 1760972/MG*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201801634950.REG>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

¹⁰ ROIG, op.cit., p.152.

¹¹ WACQUANT, Loic. *Punir os pobres*. 3.ed. Rio de Janeiro: Reaven, 2015, p.162.

garantias conquistadas para que no Direito Penal fosse relevante apenas o fato praticado pelo agente. Assim, considera-se antes de tudo, o modo de ser do agente, sua essência. Assegura-se que o Direito penal não deveria se ocupar de punir atos que não se vinculam internamente com o tipo penal praticado pelo agente.

Outrossim, essa valoração social das condutas reprováveis na maioria das vezes não leva em consideração o meio social no qual o condenado está inserido, mas sim, estabelece como parâmetro excludente uma sociedade formal e elege para si, nesse modelo, condutas dignas e morais baseadas em senso comum, descartando as vivências do condenado. Assim, o que se observa é que a conduta social sofre na prática a ingerência de conceitos moralizantes

Outro problema enfrentado na valoração da conduta social feita na primeira fase da dosimetria da pena são as provas nos quais essas condutas desabonadoras socialmente se conformam. De acordo com José Antonio Paganella¹² para que se comprove os maus antecedentes, o que compõem a conduta criminal do agente, é indispensável certidão cartorária contendo a data do trânsito em julgado da decisão condenatória, ou seja, prova robusta e documental. No entanto, para que a conduta social seja considerada, bastam notícias e prova testemunhal, ocasião em que os depoimentos são colhidos com perguntas vagas, a fim de auferir qualquer elemento caracterizador de conduta desabonadora, gerando desmedida valoração das provas.

Conclui-se que a conduta social nos termos que são utilizados, tem por fundamento elementos que não encontram respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira que há o Estado regulando a vida privada dos indivíduos e decidindo, ao cabo da dosimetria da pena, as condutas sociais suficientemente reprováveis que ensejam uma pena maior na fixação da pena-base. Vale mencionar que tais sopesamentos são *contra legem* e contrariam o caminho da evolução dos sistemas punitivos, os quais privilegiam uma política criminal redutora de danos.

De acordo com Roig¹³, deve haver um novo discurso. A aplicação da pena deve se afastar das predisposições positivistas e justificacionistas da pena, como se a pena fosse a pena por si só, desconsiderando o meio social e os fatores nos quais sua aplicação é relevante. Assim, a conduta social nesse processo evolutivo jamais poderia ser empregada de maneira negativa em face do autor, uma vez que considerar o estilo de vida do autor como fator negativo para valoração da pena, seria o mesmo que considerar que houvesse punição por um

¹²PAGANELLA, José Antonio. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed., rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹³ ROIG, op.cit.,p. 155.



comportamento do indivíduo que não estivesse diretamente ligado ao ato delituoso praticado por ele.

3. A IMPOSSIBILIDADE DO AUMENTO DA PENA-BASE EM DECORRÊNCIA DO USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES

Nota-se que há nos elementos que compõem a dosimetria da pena no processo trifásico adotado, a conduta social. Nesse contexto, as Defensorias Públicas dos Estados tem atuado de maneira a elaborar teses para balizar os direitos dos acusados nessa primeira fase dosimétrica, para que condições de vida e aspectos sociais não sejam empregadas de forma seletiva no momento da condenação. Assim, podemos observar que a Defensoria Pública do Estado de Goiás, por meio de sua tese de número 5¹⁴ afirma que a condição de usuário de substâncias entorpecentes não poderá ser utilizada para valorar negativamente a dosimetria da pena na primeira fase de sua fixação.

O uso de drogas psicoativas causam alteração cerebral e seu consumo deve ser analisado não apenas sob o prisma químico e biológico, mas problematizando o contexto no qual a droga é inserida, qual a população mais afetada com o seu uso e de que maneira isso afeta a pena imposta aos acusados de baixa renda.

Há inúmeros argumentos que podem ser empregados na defesa da impossibilidade da consideração de uso de drogas como maus antecedentes na dosimetria. Dentre eles, todos perpassam por um caráter social, de maneira que considerar uma questão pessoal e patológica do réu na dosimetria fere o seu papel de prevenção especial positiva. Outrossim, vale mencionar que o Superior Tribunal de Justiça possui um precedente antigo, veiculado no informativo 490¹⁵, defendendo que o uso de drogas não pode ser considerado como má-conduta social para aumento de pena-base.

Sob o prisma principiológico, o aumento da pena em razão da circunstância referida viola o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a promoção de direitos previstos na Constituição Federal de 1988, produzida e inserida em um contexto de Estado Democrático de Direito, visa a estabelecer mecanismos protetivos e de superação das vulnerabilidades dos indivíduos, reduzindo as desigualdades e as mazelas sociais.

¹⁴MONTONI, Allan. *Teses institucionais Defensoria Pública de Goiás*. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.go.gov.br/depego/images/pdf/tese_ESDP_5.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

¹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 201.453. Relator Min. Sebastião Reis Júnios. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2014/12/info-490-stj.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

Assim, o Estado, titular da ação penal, não poderia punir com maior rigor e aumentar a pena do acusado por conta de uma patologia, uma vez que sobre o uso de substâncias entorpecentes há uma tendência de se considerar a mínima intervenção do direito penal. Assim, se a conduta prevista no artigo 28, da Lei de Drogas vem sendo alvo de inúmeras críticas, incidindo sobre ele, conforme aponta o Supremo Tribunal Federal, os institutos de despenalização¹⁶ não poderia o julgador considerar nas circunstâncias judiciais um conteúdo fático no qual a jurisprudência vem afastado do campo punitivo penal, sob pena de afastar o princípio da razoabilidade.

No mais, nota-se que quando o acusado em audiência menciona o uso de substâncias entorpecentes e o julgador aumenta a pena-base, há uma verdadeira penalização da doença, tornando dificultosa a recuperação do usuário, uma vez que em decorrência do cumprimento da pena privativa de liberdade, o condenado encontra vários óbices para encontrar tratamento médico e psicológico dentro do cárcere.

Na seara da criminologia, há a teoria da reação social¹⁷, que afirma que o sistema penal pode assumir um viés de dominação social. Assim, a lei penal seria um instrumento de preservação dos interesses das classes dominantes, sendo o vício no uso das drogas considerado para aumento de pena pois o comportamento desviante tem contexto histórico e social determinados. Assim, a escolha em criminalizar a conduta do uso de drogas, decorre do processo de etiquetamento da conduta e do criminoso.

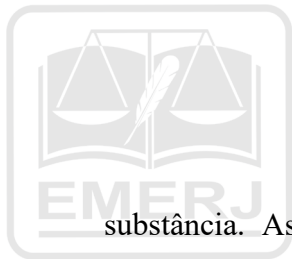
Assim, há um processo discriminatório¹⁸, uma criminalização do ambiente familiar e social no qual o réu se insere, criminalizando conduta difundida em todos os setores sociais, mas que apenas é punido com maior rispidez os indivíduos etiquetados pela sociedade e que vão compor a enorme massa carcerária do Brasil.

É imperioso ressaltar que conforme afirma a tese institucional número 5 da Defensoria Pública, na atuação criminal em que se encontra como acusados a maioria por decorrência de crimes patrimoniais, não há de ser desconsideradas as consequências do uso de substâncias entorpecentes, tornando a pena em uma punição cíclica. Pune-se o crime patrimonial consequência do uso de entorpecentes e aumenta-se a pena pelo uso da

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 453.437/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca*. Disponível em: < <https://www.dizerodireito.com.br/2018/10/a-condenacao-anterior-pelo-art-28-da.html> >. Acesso em: 15 set. 2019.

¹⁷ VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 7.ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.340.

¹⁸ ROIG, op.cit., p.163.



substância. Assim, é patente a punição da enfermidade¹⁹ e o afastamento de uma pena humanitária que rechaça as penas aplicadas puramente com finalidade retributiva.

A Lei de Drogas²⁰, por sua vez, insere em seu bojo uma série de medidas que visam à ressocialização dos dependentes de droga, instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas. O sistema tem como um dos seus objetivos a reinserção social dos usuários, tendo como princípio o respeito aos direitos fundamentais, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas a promoção de valores éticos e culturais. No mais, institui no seu primeiro capítulo a responsabilidade compartilhada entre o Estado e a sociedade.

Tendo em vista a responsabilidade compartilhada, não merece prosperar o aumento de pena-base em decorrência do uso de substâncias entorpecentes, uma vez que o próprio sistema nacional de políticas públicas sobre drogas reconhece que a patologia em análise é uma questão que se reflete na sociedade, sendo também uma responsabilidade do Estado. Logo, é conclusão lógica que o acusado não deve ser punido por uma conduta que não decorre exclusivamente de uma ação ou omissão sua, sendo uma questão de saúde pública e que envolve responsabilidade do Estado.

Conclui-se que ao valorar negativamente uma conduta social, unicamente por ser o acusado usuário de substâncias entorpecentes, há o aumento de pena que decorre puramente de um vício patológico. As consequências perpassem o tempo maior da pena privativa de liberdade, uma vez que trará para o acusado dificuldade patente na reinserção social em decorrência da impossibilidade de busca de um tratamento apropriado. No mais, há um panorama social que deve ser encarado, de maneira que a pena imposta pela punição em si, reflete os anseios de uma sociedade que atribui apenas a determinados comportamentos o caráter repressivo da pena, comportamentos ligados à população negra e pobre que são maioria no sistema penitenciário brasileiro.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou como problemática essencial a utilização das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu. O embate ocorre na consideração e desconsideração de

¹⁹MONTONI, op.cit., p.

²⁰BRASIL. *Lei n° 13.343*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 17 set. 2019.

condutas específicas no aumento de pena do acusado, sendo imperioso que se afaste na análise da conduta social o uso de substâncias entorpecentes na ocasião da dosimetria da pena.

Essa pesquisa analisou que o ordenamento jurídico é composto por regras e princípios, de maneira que os princípios norteiam toda a produção normativa e vincula o atuar do judiciário em suas atividades típicas. Assim, a observância dos princípios visa garantir aos jurisdicionados uma aplicação da lei penal balizada pelos princípios gerais do direito.

Os princípios da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana surgem para resguardar os direitos fundamentais previstos em constituição na dosimetria da pena, analisando e aplicando a pena justa e adequada para cada condenado, de maneira que a pena não tenha apenas um caráter retributivo.

O entendimento que se chegou no presente trabalho é que as condenações devem ser balizadas pelo princípio da individualização da pena, fazendo-se necessária a consideração das fases da dosimetria da pena, de maneira que atenuantes, agravantes e circunstâncias judiciais serão consideradas ou desconsideradas, fazendo com que situações excepcionais e pessoais existentes no caso concreto, sejam consideradas na dosimetria da pena.

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme analisado no primeiro capítulo, é outro balizador da aplicação da lei penal, sendo vedada a aplicação pena cruel e degradante. A conduta social inserida nas circunstâncias judiciais, leva em consideração o papel do réu na comunidade, analisando as relações sociais e interpessoais e o contexto que se dá suas condutas em meio ao trabalho, família e outras instituições.

Dessa forma, extrai-se que também não poderão ser consideradas na primeira fase da dosimetria da pena como uma circunstância negativa a ser inferida na conduta social, elementos que correspondem ao vício de substâncias entorpecentes por parte do acusado.

No trabalho, concluiu-se que a consideração do vício no consumo de drogas ocasionaria uma punição do réu por uma patologia, patologia essa que necessitaria de esforço estatal para tratamento e posterior reinserção do acusado no convívio social, e não uma maior punição pelo consumo de drogas. O Estado deveria ter mecanismos suficientes para tratar o indivíduo dependente do uso de substâncias nocivas à sua própria saúde, tendo em vista que o uso é antes de tudo, um problema de saúde pública, sendo desnecessária a reprimenda do crime considerar o uso dessas substâncias como fator relevante para produzir um aumento em sua pena.

No mais, viola frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana a circunstância negativa considerada pelo uso de drogas e outras substâncias entorpecentes, uma vez que mesmo após o cumprimento total e efetivo de pena imposta, as chances de o



indivíduo buscar uma efetiva reintegração social tendo o uso de drogas constado em sua sentença e considerado para maior punição são bastante escassas, tendo em vista o uso de drogas ser fator socialmente reprovável e estigmatizador de condutas.

Restou evidente no trabalho proposto que a Jurisprudência não reconhece o aumento em questão como um aumento que deva ser considerado, no mais, há julgados já mencionados que rechaçam a possibilidade de valoração negativa. Conclui-se, portanto, que não será possível considerar como circunstância judicial desfavorável a utilização de substâncias entorpecentes para aumentar a pena do acusado, sendo afastada essa possibilidade no bojo da conduta social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 201.453*. Relator Min. Sebastião Reis Júnios. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2014/12/info-490-stj.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 453.437/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/10/a-condenacao-anterior-pelo-art-28-da.html>>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n°1760972/MG*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201801634950>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

_____. *Lei n° 13.343*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 17 set. 2019.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MONTONI, Allan. *Teses institucionais Defensoria Pública de Goiás*. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.go.gov.br/depego/images/pdf/tese_ESDP_5.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

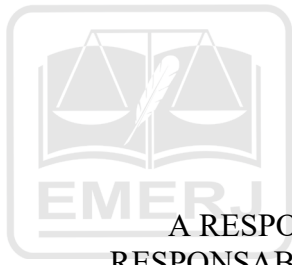
PAGANELLA, José Antonio. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 7.ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres*. 3.ed. Rio de Janeiro: Reaven, 2015.



A RESPONSABILIZAÇÃO PÓS-CONSUMO: O PAPEL DO CONSUMIDOR NA RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA NA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Giselle Rita Martins Ferreira
Graduada pela Faculdade Nacional de
Direito da Universidade Federal do
Rio de Janeiro.

Resumo – A Lei nº 12.305/2010 instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, visando à redução dos impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental, estabelecendo o conceito de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos. O presente artigo busca analisar o compartilhamento da responsabilidade entre fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, e consumidores e poder público na destinação final de resíduos sólidos. Cinge-se o debate no papel do consumidor nessa cadeia de responsabilidade. Analisar-se-á a sua posição frente a fornecedores de produtos e serviços na responsabilidade pós-consumo, com fundamento na proteção constitucional que lhe é conferida na Carta Magna (art. 5º, XXXII, CRFB).

Palavras-chave – Direito Ambiental. Resíduos Sólidos. Responsabilidade compartilhada.

Sumário – Introdução. 1. A Política Nacional de Resíduos Sólidos e o conceito de responsabilidade compartilhada. 2. A responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos: fundamentos constitucionais e princípios norteadores. 3. O papel do consumidor no compartilhamento da responsabilidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda o conceito de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, introduzido pela Lei nº 12.305/2010, que estabeleceu a Política Nacional de Resíduos Sólidos. O objeto deste estudo é analisar o papel do consumidor, integrante dessa cadeia de responsabilidade, frente à responsabilidade de produtores e fornecedores de bens ou serviços.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir como é apresentado o papel do consumidor como integrante dessa cadeia de responsabilidade compartilhada.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando um breve histórico dos antecedentes normativos da Lei nº 12.305/2010 no ordenamento jurídico brasileiro. Depois serão apresentados os seus objetivos e princípios norteadores. E, por fim, será analisado o conceito de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, abordando as atribuições conferidas a cada um dos integrantes da cadeia de responsabilidade.

No segundo capítulo, pretende-se analisar os princípios norteadores da Política

Nacional de Resíduos Sólidos, sobretudo, seus fundamentos constitucionais, buscando-se confrontá-los com outros preceitos fundamentais previstos na Carta Magna.

No terceiro capítulo, pretende-se analisar o papel do consumidor na Lei nº 12.305/2010, como integrante da cadeia de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, considerando que é identificado, no Código de Defesa do Consumidor, como destinatário final de produtos e serviços. Busca-se verificar o patamar em que repousa a sua responsabilidade, ao compará-la à de fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, sem olvidar da proteção que lhe é conferida na Constituição da República.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, por meio de uma abordagem necessariamente qualitativa.

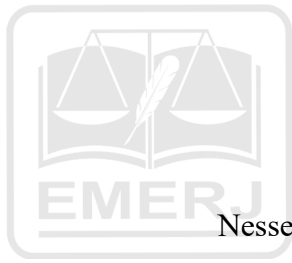
1. A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E O CONCEITO DE RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA

O desenvolvimento tecnológico e científico, principalmente a partir do pós-guerra, orientou-se na busca de novas matérias-primas, visando ao incremento da produção, redução de custos e aumento nos lucros. A fim de manter uma demanda crescente compatível com a produção em escala, criou-se a cultura da obsolescência programada: a produção de mercadorias previamente elaboradas com a redução artificial de sua durabilidade, a fim de que sejam rapidamente descartadas, provocando no consumidor a necessidade de aquisição de novos produtos¹.

De fato, esse modelo econômico, em que tudo se torna obsoleto rapidamente, gera diversas externalidades negativas na sociedade. Dentre elas, no campo do direito contratual, verifica-se o fenômeno do superendividamento, em virtude da concessão irresponsável de crédito; na Psicologia, a desordem de acumulação compulsiva, tipo de transtorno obsessivo-compulsivo, também relacionado ao consumo excessivo.

Daí a relevância do tema apresentado neste trabalho, uma vez que, dentre todas as externalidades negativas provocadas pela sociedade do hiperconsumo, a que, com certeza, inspira maiores preocupações é aquela que afeta a saúde humana e a qualidade de vida. De fato, o descarte indevido de elevada quantidade de resíduos em vazadouros provoca o assoreamento e a poluição dos rios, corpos d'água e lençóis freáticos, como também a poluição do solo e subsolo, aumentando, cada vez mais, a agressão ao meio ambiente.

¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 410.



Nesse contexto, associado ao elevado crescimento da população mundial e a um desordenado processo de urbanização, a destinação do lixo² constitui um dos maiores problemas da sociedade atual. Diante dessa premente necessidade, a Lei nº 12.305/2010³ veio estabelecer a Política Nacional de Resíduos Sólidos, visando, não só à redução da geração de resíduos, como também à sua destinação ambientalmente adequada.

Importante, neste momento do trabalho, apresentar alguns antecedentes da Lei nº 12.305/2010, a fim de demonstrar a evolução histórica da regulamentação normativa sobre o tema.

Conforme apresentado por Tatiana Barreto Serra⁴, deve-se destacar, inicialmente, a Assembleia Geral da ONU, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente em 1992, que fez constar expressamente da Agenda 21, no seu capítulo 21, parágrafo 12: “que o manejo ambientalmente saudável dos resíduos se encontrava entre as questões mais importantes para a manutenção da qualidade do meio ambiente da Terra e, principalmente, para alcançar um desenvolvimento sustentável e ambientalmente saudável em todos os países.”

No âmbito da nossa legislação interna, o primeiro registro de uma normatização voltada para a gestão eficiente de resíduos sólidos encontra-se na Portaria Minter nº 53, de 1979, que previu o controle de resíduos sólidos, antes, não só da Constituição Federal de 1988, mas até mesmo da Lei nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente.

A Lei nº 9.974/2000, dispendo sobre agrotóxicos, disciplinou, dentre outros procedimentos, o destino final de resíduos e embalagens, configurando assim previsão, antecedente à PNRS, sobre responsabilidade pós-consumo do setor produtivo, sobretudo no que diz respeito à implementação de uma política de logística reversa.

No âmbito dos atos normativos editados pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente, destaca-se, inicialmente, a Resolução CONAMA nº 257/1999, que estabeleceu os procedimentos de reutilização, reciclagem, tratamento e disposição final ambientalmente adequados de pilhas e baterias. Revogada pela Resolução nº 401/2008, que exigiu dos estabelecimentos que comercializavam esses produtos, bem como da rede de assistência técnica autorizada pelos seus fabricantes e importadores, a implantação da coleta seletiva e

² Com relação à terminologia adotada neste trabalho, o termo genérico lixo, eivado de conteúdo negativo, será aqui substituído por resíduos e rejeitos, conforme definições utilizadas na Lei nº 12.305/2010.

³ BRASIL. *Lei nº 12.305*. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm> Acesso em: 22 mai. 2019.

⁴ SERRA, Tatiana Barreto. *Política de Resíduos Sólidos*. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 44.

do sistema de logística reversa, antevendo o que seria futuramente disciplinado pela Lei nº 12.305/2010 (art. 33)⁵.

Quanto aos pneumáticos, a Resolução CONAMA nº 258/1999 já obrigava fabricantes e importadores a coletar e dar destinação final ambientalmente adequada aos pneus inservíveis. Posteriormente modificada por outras resoluções, foi finalmente revogada pela Resolução nº 416/2009, que previu normas sobre a prevenção à degradação ambiental, impondo aos distribuidores, revendedores, destinadores, consumidores finais de pneus e poder público, em articulação com os fabricantes e importadores, o dever de implementar procedimentos para coleta dos pneus inservíveis existentes no território nacional.

Veio, então, em 2010, a Lei nº 12.305⁶ implementar a Política Nacional de Resíduos Sólidos⁷, visando à gestão integrada e ao gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos, mediante metas e ações adotadas pelo Governo Federal, isoladamente ou em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares (art. 4º)⁸.

Dentre seus objetivos, elencados no artigo 7º⁹, destacam-se a proteção da saúde pública e da qualidade de vida; a não-geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos; e a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos¹⁰.

Quanto aos princípios norteadores da política em tela, previstos no art. 6º¹¹, devem ser ressaltados os seguintes: i) o desenvolvimento sustentável; ii) a visão sistêmica; iii) a ecoeficiência; iv) o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania¹²; v) a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais

⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶ Ibidem.

⁷ Tatiana Barreto Serra, analisando o esforço histórico para a elaboração da Política Nacional de Resíduos Sólidos, consigna que “A demora na aprovação da norma, advertem Suely Mara Guimarães de Araújo e Ilidia da Ascensão Garrido Martins Juras (ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de; JURAS, Ilidia da Ascensão Garrido Martins. *Comentários à Lei dos Resíduos Sólidos: Lei nº 12.305 de 2 de agosto de 2010 (e seu regulamento)*, cit., p. 33-35), deveu-se não apenas à quantidade e à complexidade de assuntos debatidos – vide a extensa lista de projetos de lei apensados – mas também por envolver temas polêmicos, dentre os quais se destacam: a responsabilidade pós-consumo do setor produtivo, a possibilidade ou não de importações de resíduos e a incineração”. SERRA, op. cit., p. 53.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁹ Ibidem.

¹⁰ A Lei nº 12.305/2010 define rejeitos, em seu artigo 3º, inciso XV¹⁰, como resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada.

¹¹ Ibidem.

¹² Segundo Tatiana Barreto Serra, “Com efeito, a lei rebate a visão negativa do resíduo sólido, atribuindo-lhe uma conotação de bem de valor não só econômico, mas também social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania. Os catadores, da mesma forma, têm a sua condição social e de trabalho reconhecidas como imprescindíveis à implementação da política de resíduos sólidos”. SERRA, op. cit., p. 107.



segmentos da sociedade; vi) e a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

A responsabilidade compartilhada, conforme definição apresentada no inciso XVII do artigo 3º¹³ da Lei nº 12.305/2010, consiste no conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos.

No parágrafo único do artigo 30¹⁴, observam-se os principais objetivos da responsabilidade compartilhada, destacando-se dentre eles: i) promover o aproveitamento de resíduos sólidos, direcionando-os para a sua cadeia produtiva ou para outras cadeias produtivas; ii) reduzir a geração de resíduos sólidos, o desperdício de materiais, a poluição e os danos ambientais; iii) e incentivar a utilização de insumos de menor agressividade ao meio ambiente e de maior sustentabilidade.

Mais à frente, no seu artigo 31¹⁵, a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos apresenta as atribuições direcionadas aos empresários (fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes), destacando-se dentre elas: i) o investimento no desenvolvimento, na fabricação e na colocação no mercado de produtos: a) que sejam aptos, após o uso pelo consumidor, à reutilização, à reciclagem ou a outra forma de destinação ambientalmente adequada; b) cuja fabricação e uso gerem a menor quantidade de resíduos sólidos possível; ii) o recolhimento dos produtos e dos resíduos remanescentes após o uso pelo consumidor, independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, assim como sua subsequente destinação final ambientalmente adequada, na forma do art. 33¹⁶ da Lei nº 12.305/2010, no caso de produtos objeto de sistema de logística reversa¹⁷, a saber: agrotóxicos (seus resíduos e embalagens), pilhas e baterias, pneus, óleos lubrificantes (seus resíduos e embalagens), lâmpadas fluorescentes (de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista), e de produtos eletrônicos e seus componentes.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem. Art. 3º, XII: “logística reversa: instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.”

O artigo 35¹⁸ traz as atribuições dos consumidores na responsabilidade compartilhada, determinando que, sempre que estabelecido sistema de coleta seletiva pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos e na aplicação do sistema de logística reversa, os consumidores são obrigados a acondicionar adequadamente e de forma diferenciada os resíduos sólidos gerados, e disponibilizar adequadamente os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis para coleta ou devolução.

Por último, quanto às atribuições do titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, caberá, nos termos do art. 36¹⁹, dentre outras: i) estabelecer sistema de coleta seletiva, ii) articular com os agentes econômicos e sociais medidas para viabilizar o retorno ao ciclo produtivo dos resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis oriundos dos serviços de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, iii) e dar disposição final ambientalmente adequada aos resíduos e rejeitos oriundos dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos.

2. A RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA PELO CICLO DE VIDA DOS PRODUTOS: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E PRINCÍPIOS NORTEADORES

Importante identificar no conceito de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, dentre suas finalidades genéricas, o objetivo da proteção da saúde pública e da qualidade ambiental (art. 3º, XVII), que também é mencionado no art. 7º, I²⁰, como o primeiro dos objetivos da Lei nº 12.305/2010.

Com efeito, a Política Nacional de Resíduos Sólidos tem fundamento constitucional no art. 225 da Carta Magna²¹, que dispõe que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Nesse sentido, pode-se extrair do referido comando constitucional a concepção fundamental de que a pessoa humana está no centro da tutela do

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 mai. 2019.

meio ambiente, reconhecendo-a como destinatária do Direito Ambiental²².

Da mesma forma, está a pessoa humana no centro dos interesses da Política Nacional de Resíduos Sólidos, que, ao fixar suas diretrizes, visa a minimizar a geração de resíduos, como também seu índice de periculosidade: em um primeiro momento, com foco no meio ambiente; e, indiretamente, assegurando a saúde e o bem-estar do ser humano.

Assim, a Lei nº 12.305/2010 tem fundamento constitucional não só no art. 225²³ da Constituição da República, como também no seu art. 6^o²⁴, e, sobretudo, no art. 1^o, III²⁵, reconhecendo no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, o valor fonte que norteia a interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Como destinatários da Lei nº 12.305/2010, temos, segundo o §1^o do art. 1^o²⁶, as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos e as que desenvolvam ações relacionadas à gestão integrada ou ao gerenciamento desses resíduos. Daí se extrai o conceito de responsabilidade compartilhada, atribuindo a cada destinatário da norma uma obrigação/um dever, enquanto integrante da cadeia do ciclo de vida dos produtos, nos termos do art. 3^o, XVII²⁷.

Nesse passo, identificamos os princípios da prevenção e da precaução, princípios específicos que informam o Direito Ambiental. Prevenir o dano representa a meta fundamental na tutela do meio ambiente, considerando que, uma vez ocorrido, restabelecer a situação ao *status quo ante* é, na maioria das vezes, impossível.

Cumprindo, ainda, destacar que, na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (ECO/92), dentre os 27 princípios nela consignados, temos o de nº 15²⁸, *in verbis*:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser

²² Na lição de José Afonso da Silva, “A ‘Declaração de Estocolmo’ abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um ‘direito fundamental’ entre os direitos sociais do Homem, com sua característica de ‘direitos a serem realizados’ e ‘direitos a não serem perturbados’. (...) O que é importante [...] é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente”. SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 69/70.

²³ BRASIL, op. cit., nota 22.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: < <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92...> >. Acesso em: 22 mai. 2019.

amplamente observado pelos Estados de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como uma razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Nessa perspectiva preventiva, caberá ao Poder Público a elaboração de planos de gestão integrada nas esferas nacional, estadual e municipal, nos quais deverá ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos (art. 9º²⁹).

Quanto aos planos de gerenciamento de resíduos sólidos, verifica-se a responsabilidade que é atribuída aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes nos termos do art. 31 da Lei nº 12.305/2010³⁰, com destaque para o sistema de logística reversa.

Com relação à importância conferida à logística reversa, cabe aqui destacar o julgamento da ADPF 101 DF³¹, realizado em junho de 2009. O tema nela debatido consistia na legitimidade constitucional da norma proibitiva de importação de pneus usados ou remoldados, sob alegação de que decisões judiciais que vinham permitindo a importação desse tipo de produto estariam violando os preceitos fundamentais da saúde e do meio ambiente.

A Portaria DECEX nº 8/2000, editada pelo então Departamento de Comércio Exterior, que já havia sido reconhecida como constitucional pelo STF, confirmou as regras previstas nas Resoluções CONAMA nº 23/96 e 258/1999: a primeira atendendo orientação disciplinada na Convenção de Basileia³², vedou a entrada no Brasil de resíduos classificados como perigosos; a segunda determinava que fabricantes e importadoras de pneumáticos ficassem obrigadas a coletar e dar destinação final ambientalmente adequada aos pneus inservíveis, ou seja, implementar sistema de logística reversa nos mesmos moldes do que depois viria a ser disciplinado no art. 33 da Lei nº 12.305/2010.

A União Europeia formulou consulta ao Brasil, sob alegação de que essa medida política afrontaria os princípios de livre comércio e isonomia entre os países membros da

²⁹ BRASIL. op. cit., nota 3.

³⁰ Ibidem.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 101 DF*. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/processo/...numero=101&classe=ADPF&origem=AP>. Acesso em: 22 mai. 2019.

³² A Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, foi concluída em Basileia, Suíça, em 22 de março de 1989. Ela define os resíduos considerados perigosos e aqueles passíveis de controle e reconhece, ainda, o direito soberano de qualquer país definir requisitos para a entrada e destinação, em seu território, de outros resíduos considerados ou definidos como perigosos em sua legislação nacional. IBAMA. *Importação/exportação e trânsito de resíduos – Convenção de Basileia*. Disponível em: < www.ibama.gov.br/residuos/importacao-exportacao/convencao-de-basileia-exportacao-e...>. Acesso em: 22 mai. 2019.

Organização Mundial do Comércio (OMC). Contudo, conforme ressaltado no voto da Ministra Carmen Lúcia³³, a União Europeia, em uma de suas diretivas, previa desde 1999 que seus Estados proibissem, em seus respectivos territórios, que aterros pudessem receber pneus inteiros, e, desde 2006, mesmo os fragmentados, uma vez inequívoca a sua condição de resíduo perigoso.

Contrários ao pedido formulado na ADPF, empresários da indústria de remoldagem alegaram que os pneus usados importados eram de melhor qualidade, tendo em vista as péssimas condições das estradas brasileiras, além de serem importados por preços ínfimos.

Por fim, o que definiu o julgamento foi o fato de ter ficado demonstrado que, em razão dos elementos que compõem os pneus, todas as possibilidades até então conhecidas de reciclagem, como o aproveitamento de sua carcaça para a elaboração de manta asfáltica, ou a sua utilização como combustível alternativo na indústria cimenteira, geravam a liberação, em altas concentrações, de substâncias tóxicas e cancerígenas. Nesse sentido, foi reconhecida a constitucionalidade da vedação à importação de carcaças de pneus, como também da obrigatoriedade de implementação de sistema de logística reversa, devendo a indústria de remoldagem absorver o passivo ambiental gerado dentro do país.

Seguindo na análise da Lei nº 12.305/2010, destaca-se também no art. 32³⁴ a preocupação com as embalagens dos produtos, que devem ser fabricadas com materiais que propiciem a reutilização ou a reciclagem, a fim de serem submetidas ao sistema de logística reversa, demonstrando que a PNRS visa à gestão e ao gerenciamento não apenas de uma das etapas, mas de toda a cadeia do ciclo de vida dos produtos: desde a produção até a disposição final de rejeitos.

Identifica-se, aqui, outro princípio fundamental que informa o Direito Ambiental: o princípio do poluidor-pagador (art. 6º, II³⁵), cujo alcance será determinado pelo viés preventivo ou repressivo que vier a ser adotado. No primeiro, busca-se evitar a ocorrência de danos ambientais; no segundo, constatado o dano, o resultado danoso será atribuído objetivamente à empresa, sob o regime jurídico da responsabilidade civil objetiva, buscando-se a reparação.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos inova ao introduzir na legislação ambiental novos princípios. No art. 6º, inciso II³⁶, segunda parte, identificamos o princípio do protetor-

³³ BRASIL, op. cit., nota 31.

³⁴ BRASI, op. cit., nota 3.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

recebedor. Em uma lógica inversa ao do poluidor-pagador, o protetor-recebedor é aquele que protege um bem natural em benefício da comunidade, contribuindo para a preservação/conservação do meio ambiente, destacando-se, na lei em tela, a importância das cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda. E, nessa mesma perspectiva, também inova a PNRS ao estabelecer, como um dos seus princípios norteadores, o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania (art. 6º, VIII³⁷).

Nesse ponto de nossa abordagem, é importante esclarecer que a responsabilidade atribuída aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes estabelecida na Lei nº 12.305/2010 não visa a inviabilizar a atividade econômica, mas sim a encontrar um ponto de equilíbrio entre o crescimento econômico e a preservação ambiental. Essa convergência entre as políticas de desenvolvimento econômico e social e as de proteção ambiental configura o princípio do desenvolvimento sustentável, outro princípio informador do Direito Ambiental.

Quanto às atribuições que cabe ao poder público, destaca-se, primeiramente, no art. 36³⁸, a implementação de políticas públicas de incentivo financeiro e fiscal para empresas e particulares que participem dos projetos de adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços.

Na condição de titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, o destaque fica para o plano municipal de gestão integrada, na implementação de sistema de coleta seletiva. Nesse ponto, vamos identificar mais um princípio fundamental do Direito Ambiental: o princípio da participação/cooperação (art; 6º, VI³⁹). A participação também tem fundamento constitucional no art. 225⁴⁰ da Carta Magna, que consagrou, na defesa do meio ambiente, a atuação do Estado e da sociedade civil na sua proteção e preservação.

Do princípio da cooperação, extrai-se do texto da Lei nº 12.305/2010, o princípio do direito da sociedade à informação e ao controle social (art. 6º, X⁴¹). Do conceito previsto no art. 3º, VI⁴², o controle social consiste no conjunto de mecanismos e procedimentos que garantam à sociedade informações e participação nos processos de formulação,

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 22.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴² Ibidem.



implementação e avaliação das políticas públicas relacionadas aos resíduos sólidos. Direito de participação social que envolve não só o direito à informação (princípio da informação ambiental), como também o direito à educação ambiental.

Ainda nessa perspectiva da cooperação, em que cooperar, nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado⁴³, é agir conjuntamente e não separadamente ou de forma antagonica, verificam-se, no art. 35⁴⁴ da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, as atribuições que são conferidas ao consumidor, determinando o referido dispositivo que, no sistema de coleta seletiva estabelecido no plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, os consumidores são obrigados a: I – acondicionar adequadamente e de forma diferenciada os resíduos sólidos gerados; II – disponibilizar adequadamente os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis para coleta ou devolução.

3. O PAPEL DO CONSUMIDOR NO COMPARTILHAMENTO DA RESPONSABILIDADE

O Código de Defesa do Consumidor, com seu fundamento constitucional no art. 5º, XXXII⁴⁵, da Constituição da República, veio dar efetividade à proteção e defesa do consumidor, uma vez reconhecida a sua hipossuficiência em face de fornecedores de produtos e serviços.

De fato, a Constituição de 1988 elevou à categoria de direitos fundamentais a defesa do consumidor, conferindo-lhe inclusive o *status* de princípio estruturador e conformador da ordem econômica, figurando no rol do art. 170⁴⁶ de nossa Carta Política.

O art. 2º, da Lei nº 8.078 de 1990⁴⁷, apresenta o conceito de consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, ressaltando, em seu parágrafo único, que se equipara a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. E em seu art. 1º destaca que as normas ali estabelecidas são de ordem pública e interesse social.

O Direito do Consumidor representa um dos direitos de Terceira Dimensão, aqueles

⁴³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 25. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 669.

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 22.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 22 mai. 2019.

que, na Teoria das Gerações de Karel Vasak⁴⁸, fundamentam-se no ideal da fraternidade (solidariedade). Esses direitos fundamentais são marcados pelas profundas alterações que passam a ocorrer na sociedade em virtude de mudanças na comunidade internacional após a Segunda Guerra Mundial (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico, alterações nas relações econômico-sociais), sendo exemplos o direito à autodeterminação dos povos, à saudável qualidade de vida e ao meio ambiente equilibrado.

Os direitos de Terceira Dimensão têm como nota característica a transindividualidade: transcendem a esfera de interesses individuais, configurando a categoria de direitos coletivos *lato sensu*. Serão de natureza difusa quando tutelarem valores que envolvem um número indeterminado de pessoas, unidas pelas mesmas circunstâncias de fato; de natureza coletiva *stricto sensu*, quando tutelarem interesses pertencentes a grupos ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base.

Há, ainda, os direitos individuais homogêneos, que, a despeito da determinabilidade dos seus titulares e da conseqüente divisibilidade do seu objeto, quando visualizados em conjunto, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar verdadeiros interesses da comunidade. Quanto a esses direitos individuais e homogêneos, a melhor classificação repousa na expressão de sua metaindividualidade: a transindividualidade, sob o ponto de vista técnico, não estaria presente nesses casos. De qualquer forma, os direitos difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos pertencem à categoria dos direitos metaindividuais – direitos coletivos *lato sensu*⁴⁹.

Nesses termos, foram definidos, nos incisos do parágrafo único do art. 81⁵⁰, do Código de Defesa do Consumidor, os direitos metaindividuais, inaugurando, no nosso ordenamento jurídico, um microsistema de tutela coletiva, reunindo os instrumentos já existentes, identificando seus legitimados e ampliando o alcance de sua atuação (arts. 82 a 90⁵¹). Com efeito, verifica-se, com o advento do CDC, o acréscimo do inciso IV no art. 1º da Lei nº 7.347/1985⁵² (Lei da Ação Civil Pública), que fora vetado quando do projeto original sob a alegação de que não havia no ordenamento jurídico pátrio definição legal para interesses e direitos difusos e coletivos.

⁴⁸ VASAK apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33 ed. atual. Rio de Janeiro.: Malheiros, 2017, p. 583-585.

⁴⁹ FIORILLO, op. cit., p. 50-56.

⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 47.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² BRASIL. *Lei nº 7.347/1985*. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm >. Acesso em: 22 mai. 2019.

Ora, sob o mesmo manto de proteção constitucional, encontra-se o direito ao meio ambiente equilibrado no art. 225⁵³ da Constituição da República. Da mesma forma, a defesa do meio ambiente figura no rol do art. 170⁵⁴, como princípio estruturador e conformador da ordem econômica, logo após aquele que menciona, como princípio de igual estatura, a defesa do consumidor.

Logo, diante desses dois direitos fundamentais - defesa do consumidor e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - em que se reconhece que, longe de colidirem, eles se interrelacionam, cumpre identificar o papel do consumidor na cadeia de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

Verifica-se que a Lei nº 12.305/2010⁵⁵, ao implementar a Política Nacional de Resíduos Sólidos, identificou com precisão as atribuições de cada um dos integrantes da cadeia de responsabilidade compartilhada.

Como já fora discriminado no capítulo anterior, cabem ao poder público, titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, na realização de seu plano de gestão integrada, as atribuições previstas no art. 36⁵⁶.

No que diz respeito aos empresários (fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes), cujas atribuições também foram discriminadas no capítulo anterior, é importante ressaltar que o art. 33⁵⁷ da Lei nº 12.305/2010 impõe uma responsabilidade que independe da prestação do serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, cabendo integralmente aos empresários a estruturação e implementação de sistemas de logística reversa, mediante retorno, após o uso pelo consumidor, dos produtos naquele dispositivo elencados.

Quanto à responsabilidade dos consumidores, deve-se ressaltar que ela somente surge, nos termos do art. 35⁵⁸ da Lei nº 12.305/2010, quando for estabelecido sistema de coleta seletiva pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou na aplicação do sistema de logística reversa, na forma do art. 33⁵⁹.

Cabe, nesse passo, mencionar o trabalho monográfico de Hiroshi Togashi⁶⁰, apresentado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 2006, intitulado

⁵³ BRASIL, op. cit., nota 22.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ TOGASHI, Hiroshi. *Reciclagem: função social do bem móvel*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2006. p. 150-151.

“Reciclagem: função social do bem móvel”. No capítulo da responsabilidade dos consumidores, ao tratar do conceito de logística reversa, o autor entende que o consumidor:

[...] passa a ter um papel essencial na preservação ambiental, porquanto é ele quem deve fornecer o produto ao fabricante ou produtor, para que esses possam cuidar da destinação final ambientalmente adequada. Dessa sorte, cria-se aquilo que poderia ser denominado de teoria do fornecedor por equiparação. (...) A teoria do fornecedor por equiparação se fundamenta na ampla interpretação que deve ser empregada ao princípio do poluidor pagador. Nesse caso, poluidor não são apenas fabricantes e produtores. O próprio consumidor também deve ser considerado poluidor quando não efetuar o correto descarte de produtos nocivos ao meio ambiente.

A teoria do fornecedor por equiparação, com a devida vênia, não parece representar a vontade do legislador na Política Nacional de Resíduos Sólidos. O compartilhamento da responsabilidade, como nela apresentado, não pode levar à interpretação equivocada de que todos os integrantes da cadeia do ciclo de vida dos produtos estão posicionados no mesmo patamar de responsabilização.

Ao apresentar o conceito de responsabilidade compartilhada, a Lei nº 12.305/2010 atribui a cada integrante a sua responsabilidade, discriminando em detalhes a atuação de cada um desses atores sociais. No *caput* do art. 35⁶¹, observa-se que a responsabilidade do consumidor está atrelada à atuação do Poder Público e dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, ao destacar que “Sempre que estabelecido sistema de coleta seletiva pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos e na aplicação do art. 33⁶²(...)”.

Nessa linha de entendimento, o seguinte precedente do STF⁶³:

[...] “*Impera consignar que tal providência não mitiga ou elimina, por exemplo, a responsabilidade compartilhada (artigo 3º, XVII, Lei Federal nº 12.305/2010) legalmente atribuída aos demais setores (fabricantes, importadores, distribuidores, consumidores e titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos), envolvidos no ciclo de vida dos produtos que contenham embalagens. E, por razões lógicas, tal providência somente poderia recair sobre o setor comercial, o qual está em contato direto com os consumidores nas vendas efetuadas a varejo, a quem caberá decidir se deseja ou não levar a embalagem eventualmente a ser descartada*”. (...) A obrigação legal é de que os pontos de comércio devem dispor de urna para coleta de resíduos em pelo menos um dos caixas, de modo que não impõe ônus financeiro em demasia aos comerciantes.

Portanto, é necessário que se entenda que, embora a Política Nacional de Resíduos Sólidos tenha como um dos seus princípios informadores a solidariedade/cooperação, não se

⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶² Ibidem.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 937.488 - SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 29/09/2017. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/recurso-extraordinario-re-937.488-sp>>. Acesso em: 22 mai. 2019.

deve confundir o conceito de responsabilidade compartilhada com o conceito técnico de responsabilidade civil solidária. A solidariedade, nos termos do art. 265 do Código Civil⁶⁴, não se presume: resulta da lei ou da vontade das partes. O compartilhamento da responsabilidade implica conferir, de maneira individualizada, a cada integrante da cadeia do ciclo de vida dos produtos uma determinada atribuição. De modo que, individualizadas todas as responsabilidades, elas se interrelacionam durante todo o ciclo de vida dos produtos⁶⁵.

Na precisa lição de Paulo Affonso Leme Machado⁶⁶:

[...] Não se pode esquecer, portanto, que a responsabilidade, antes de ser encadeada, é “individualizada” (art. 3º, XVII e art. 30, caput, ambos da Lei 12.305/2010). (...) o que pressupõe a mobilização e a integração de todos para desempenharem, cada qual, o papel, as funções, os deveres e as atribuições, que lhes competem, sem se substituírem mutuamente e sem fazerem as vezes um do outro. (...) A concepção jurídica da responsabilidade compartilhada evita que os integrantes das etapas do ciclo de vida de um produto se enfrentem ou disputem na assunção ou na denegação de sua responsabilidade jurídica.

Com efeito, a teoria do fornecedor por equiparação imputaria ao consumidor, logo após o consumo, uma posição que não se coaduna com a proteção que lhe é prevista no Código de Defesa do Consumidor.

É verdade que a Lei nº 12.305/2010 inova ao chamar ao centro do debate a figura do consumidor, exigindo-lhe uma conduta compatível com a lógica do consumo responsável e do desenvolvimento sustentável⁶⁷. E nesse sentido pode o consumidor ser considerado também poluidor, quando não cumprir com as atribuições que lhe são previstas na lei.

Todavia, a responsabilidade do consumidor na Política Nacional de Resíduos Sólidos repousa no princípio da participação/cooperação, com fundamento, sobretudo, na educação ambiental, fundamental para que haja uma efetiva aplicação do princípio da responsabilidade compartilhada.

E a educação, direito social constitucionalmente previsto, é direito de todos e dever do Estado e da família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, nos termos do art. 205 da Carta Magna⁶⁸.

Cabe, assim, ao Poder Público, conforme previsto no art. 19, X⁶⁹, da Lei nº

⁶⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 nov. 2019.

⁶⁵ Deve-se ressaltar, entretanto, que o compartilhamento da responsabilidade na Política Nacional de Resíduos Sólidos não afasta a solidariedade que se estabelece entre todos os fornecedores que atuam na cadeia de consumo, nos termos do art. 12 da Lei nº 8.078/1990.

⁶⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 25. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 686.

⁶⁷ SERRA, op. cit., nota 4.

⁶⁸ BRASIL, op. cit., nota 22.

⁶⁹ BRASIL, op. cit., nota 3.

12.305/2010, implementar programas e ações de educação ambiental que promovam a conscientização voltada para não geração, redução, reutilização e reciclagem de resíduos sólidos.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa apresentou, como problemática essencial, a identificação do papel do consumidor no compartilhamento da responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos, introduzida pela Lei nº 12.305/2010. O debate se faz necessário em face da possibilidade de uma leitura equivocada da lei em virtude da nomenclatura conferida a essa responsabilização – responsabilidade compartilhada.

A PNRS levou aproximadamente 20 anos para ser instituída em nosso país, em virtude da pressão de diversos setores, notadamente de grupos de grande poder econômico e político. Daí porque, na lei em comento, verifica-se um caráter abrangente e genérico ao atribuir a todos a responsabilidade pela destinação dos resíduos sólidos.

Daí exsurge outra problemática: se a responsabilidade é de todos, a quem caberia conduzir a mudança proposta pela Lei nº 12.305/2010?

Fruto das reflexões que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, sobretudo com fundamento nos princípios gerais do Direito Ambiental e nos princípios específicos arrolados na PNRS, foi possível chegar à conclusão de que a Lei nº 12.305/2010 discrimina o papel de cada um dos atores sociais na destinação de resíduos sólidos, definindo suas atribuições e estabelecendo um rol de possíveis instrumentos econômicos a serem implementados para lhe conferir efetividade.

Como também foi possível chegar à conclusão de que as atribuições conferidas ao consumidor, como integrante da cadeia de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, se coaduna com a hipossuficiência que ostenta nas relações de consumo frente a fornecedores de produtos e serviços.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução da questão aqui debatida, sustentou-se na premissa de que, uma vez reconhecida a hipossuficiência do consumidor nas relações de consumo a reclamar especial proteção com fundamento constitucional (art. 5º, XXXII, CRFB; Lei nº 8.078/1990), essa proteção deve estender-se na relação pós-consumo, a reclamar, nos efeitos jurídicos que ela vier a produzir, a mesma proteção.

Nesse sentido, não se poderia extrair da norma em comento uma interpretação que



equiparasse a responsabilidade dos consumidores àquela atribuída a fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes.

Com efeito, a Lei nº 12.305/2010 representou um enorme avanço na legislação ambiental brasileira, cabendo, agora, ao poder público conduzir a mudança por ela proposta, sobretudo, implementando projetos de educação ambiental, a fomentar a conscientização da população na destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8.078.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7.347.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *Lei nº 12.305*, de 02 de agosto de 2010. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L12305.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 937.488 - SP*. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em 29/09/2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/recurso-extraordinario-re-937.488-sp>>. Acesso em: 22 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 101 DF*. Relator: Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <<https://stf.jus.br/portal/processo/...numero=101&classe=ADPF&origem=AP>>. Acesso em: 22 mai. 2019.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33 ed. atual. Rio de Janeiro: Malheiros, 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 25. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017.

SERRA, Tatiana Barreto. *Política de Resíduos Sólidos*. São Paulo: Verbatim, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

(I) LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Giulia Ribeiro de Castro Morschbacker

Graduada pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas/Ibmec RJ. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Emerj.

Resumo– A crescente importância econômica de bens imateriais demanda que o Estado intervenha economicamente para sua própria proteção. Faz-se uma análise do atual sistema de propriedade intelectual e de que forma o modelo atual se relaciona para o acesso ao conhecimento. Questiona-se a proteção penal como moldura mais adequada para proteger direitos de propriedade intelectual, sob o viés dos princípios constitucionais que limitam o poder punitivo estatal. Propõe-se uma reflexão acerca da legitimidade da intervenção estatal na esfera criminal para regular os direitos de propriedade intelectual.

Palavras-chave – Direito Empresarial. Propriedade Intelectual. Direito Penal. Estado Mínimo.

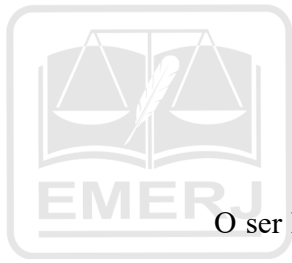
Sumário–Introdução.1. A ficção jurídica da propriedade intelectual: origem histórica e política. 2.Análise dos princípios constitucionais penais limitadores do *ius puniendi* estatal. 3.Abordagem acerca da repressão penal nos crimes de propriedade intelectual.Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proteção jurídica da propriedade intelectual remonta de capítulo relativamente recente da história da humanidade. De forma a estimular a inventividade, pactuou-se por meio de uma ficção jurídica conceder direito de exclusividade a bens incorpóreos: as criações advindas do intelecto.

De maneira suplementar, a fim de coibir condutas que violem essa exclusividade artificial, entendeu-se por necessária a cominação de sanções não só na esfera civil, mas também na esfera criminal. Especialmente no ordenamento brasileiro, essas sanções ganharam força ante a imposição de países desenvolvidos para a observância a padrões mínimos de proteção.

No Brasil, mormente em razão do limite orçamentário e da falência do sistema penitenciário, dificilmente se pode arcar com os custos de proteger penalmente direitos de propriedade intelectual. Ademais, as condutas violadoras de direitos da propriedade intelectual estão devidamente coibidas na esfera civil.



O ser humano é uma espécie gregária que como forma de sobrevivência necessita viver em compartilhamento de ideias e experiências. Verifica-se, ademais, que o desenvolvimento foi possibilitado por meio do acesso ao conhecimento.

Diante desse contexto, a pesquisa tem como enfoque a discussão acerca dos limites da repressão penal às condutas que violem direitos de propriedade intelectual. Assim, objetiva-se verificar se há legitimidade na intervenção estatal no exercício de seu *ius puniendi* de forma a reprimir o acesso ao conhecimento.

Da mesma forma, analisa-se o panorama atual da sociedade de informação e de que modo está em evidência o reforço para a repressão criminal dos crimes de propriedade intelectual.

Nesse sentido, a origem histórica e política dos Direitos da Propriedade Intelectual foi prestigiada no primeiro capítulo. Por meio dessa abordagem mostra-se relevante perquirir de que forma a repressão penal surgiu. Especificamente, procura demonstrar como cenário global se formou no desenvolvimento criações intelectuais no Brasil.

No segundo capítulo, é realizada uma análise se há observância dos princípios constitucionais controladores do exercício do *ius puniendi* estatal ao criminalizar condutas que ofendam direitos de propriedade intelectual. Pretende-se indagar se a repressão penal nos moldes atuais vai ao encontro do ideal estabelecido na Constituição de Direito Penal mínimo e garantista.

Por fim, no terceiro capítulo, pretende-se demonstrar se há legitimidade da repressão penal ante os direitos de propriedade intelectual, tendo em vista que o Estado deveria intervir na liberdade individual somente para a proteção de um bem jurídico relevante.

Por isso, busca-se verificar se há um bem jurídico delimitado que corrobore a tipificação penal de direitos da propriedade intelectual. É realizada uma análise crítica acerca das vantagens que a repressão possibilita para a sociedade brasileira.

A pesquisa será desenvolvida por meio do método dialético, no sentido de analisar o vigente sistema de proteção penal da propriedade intelectual, demonstrando sua evolução e contestando argumentativamente sua viabilidade.

Para tanto, a fim de abordar de forma qualitativa o objeto desta pesquisa, faz-se uso da pesquisa bibliográfica por meio de fichamentos a consultas doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais.

1. A FICÇÃO JURÍDICA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: ORIGEM HISTÓRICA E POLÍTICA

A propriedade nada mais é do que uma ficção jurídica, a qual encontra-se garantida na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXII¹. Para Drahos², a regulação sobre a propriedade é fundamental para a soberania estatal, pois é por meio dela que o Estado consegue planejar o seu desenvolvimento.

De início, o direito de exclusividade recai sobre bens corpóreos. Somente após ganharem repercussão econômica é que se pauta a necessidade de amparar o direito a exclusividade sobre bens incorpóreos.

Dentre as diferenças entre bens corpóreos e incorpóreos, há uma característica que não se encontra presente nos incorpóreos e que ressalta ainda mais a ficção que permeia a sua proteção: a escassez. Por isso, para proteger o titular de bens incorpóreos, de forma a fomentar a criatividade, é preciso a proteção jurídica.

Um dos idealistas ao livre acesso ao conhecimento foi Alberto Santos Dumont e assim nunca demonstrou a pretensão de patentear seus inventos³. Todavia, é possível verificar que esse fato talvez tenha contribuído para uma limitação de seu devido reconhecimento internacional.

Denis Borges Barbosa⁴ ensina que para a proteção de exclusividade desses bens incorpóreos convencionou chamar de Propriedade Intelectual. Por Propriedade Intelectual há que se dividir em Propriedade Intelectual em sentido estrito e Propriedade Industrial.

A Propriedade Industrial envolve a proteção de produções intelectuais do domínio industrial, como marcas, patentes e desenho industrial. Já a Propriedade Intelectual em sentido estrito seria a criação do intelecto humano na forma literária, artística ou científica.

Em razão disso, convém abordar a trajetória histórica e política, dividida em três períodos, de acordo com Drahos⁵, até os moldes atuais.

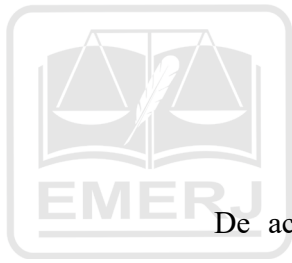
¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 mar. 2019.

²DRAHOS, Peter. Thinking strategically about intellectual property rights. *Telecommunications Policy*, v. 21, n. 3, 1997. p. 201.

³NAPOLEÃO, Aluizio. *Santos-Dumont e a conquista do ar*. Disponível em: <<https://bdor.sibi.ufjf.br/bitstream/doc/67/1/295%20PDF%20-%20OCR%20-%20RED.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2019. p. 83.

⁴BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. 2. ed p.23

⁵DRAHOS, op. cit., p. 201



De acordo com Denis Borges Barbosa⁶, o Renascimento é o marco histórico de “aceleração do processo informacional e o desenvolvimento da economia industrial”. Nesse primeiro período há a concessão de privilégios por meio de cartas patentes como incentivo ao tempo e dinheiro gastos na função criativa.

Com período de desenvolvimento tecnológico a partir da Revolução Industrial, é que surgiu a necessidade da criação de um sistema de proteção das criações intelectuais, de forma a incentivar da mesma forma a troca de tecnologias. Trata-se do período territorial, em que os países possuíam soberania para normatizarem de forma que bem entendessem os direitos de propriedade intelectual dentro de seu território, estando ausente a proteção internacional.

O segundo, o período internacional, ocorreu no final do século XIX, ficou caracterizado com o advento de dois atos multilaterais: a Convenção da União de Paris e a Convenção da União de Berna. Nesse período os países signatários, a fim expandir seus mercados e a criar a ordem liberal ao adotar padrões mínimos de proteção de propriedade intelectual.

Os princípios, regras e procedimentos convencionados nesse sistema orientam os países, segundo Gandelman,⁷ a adotar uma certa proteção para estimular a criatividade e possibilitar a transferência de conhecimento.

Posteriormente no século XX, ainda no ao segundo período, houve a criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). A OMPI é a organização de modo a integrar e harmonizar a legislação nos países soberanos relativa aos direitos de propriedade intelectual

Por fim, o período global está pautado no Acordo *TRIPS*, negociado na OMC. No Brasil, o Acordo *TRIPS* foi ratificado pelo Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994⁸.

Com o Acordo *TRIPS* observa-se um enfraquecimento da soberania dos países, em razão de uma maior restrição dos direitos de propriedade intelectual relacionada. O diferencial do *TRIPS* está no recurso de impor medidas coercitivas no comércio internacional, a fim de garantir a adoção pelos países da OMC de padrões mínimos de proteção dos direitos de propriedade intelectual.

⁶BARBOSA, op. cit., p. 30

⁷GANDELMAN, Marisa. *Poder e conhecimento na economia global: o regime internacional da propriedade intelectual da sua formação às regras de comércio atuais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 233.

⁸BRASIL. *Decreto nº 1.355*, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm> Acesso em: 27 mar. 2019.

Com o risco de sofrer sanções comerciais internacionais, há pressão externa o para que Brasil elabore regras de proteção, bem como estratégias para conter práticas vedadas. Justamente na década de 1990 é possível observar ações governamentais em campanhas midiáticas para coibir atos como pirataria.

Esse movimento que moldou o sistema atual de propriedade intelectual pode ser observado no uso do termo pirataria”, propositalmente pejorativo, associando as condutas ao roubo. Por isso, é nessa época que se observa uma maior repressão criminal aos delitos de propriedade intelectual.

De início houve resistência dos países para aplicar uma proteção mais severa à propriedade intelectual, pois, para muitos, segundo Drahos⁹ transmitia a uma noção de recolonização ou de imperialismo econômico. Somente após os Estados Unidos usarem de sanções unilaterais por meio de seu poder de barganha foi possível a imposição desse novo sistema.

Por meio da emenda ao *Trade Act* de 1974, a Seção 301, foi possível retaliação comercial por parte dos Estados Unidos a países que não adotassem uma moldura legal adequada de proteção aos direitos de propriedade intelectual. O que se observa é que o sistema de proteção de propriedade intelectual nesse terceiro momento resultou de imposição de multinacionais, sendo apontado com críticas diversas, no sentido de privilegiar basicamente os países desenvolvidos, de acordo com Jiang¹⁰.

Não há como negar que com o acesso facilitado ao conhecimento, foi possível que países se desenvolvessem de maneira mais rápida. Hoje os países tidos como desenvolvidos somente possibilitaram seu desenvolvimento após inicialmente violaram os direitos de propriedade intelectual de outros países.

De acordo com Chang¹¹, ao pressionarem por padrões mínimos de proteção da propriedade intelectual, os países desenvolvidos “chutaram a escada” do desenvolvimento. Fato este que se confirma na maior proporção patentes pertencentes aos países desenvolvidos.

⁹DRAHOS, Peter. *Global Property Rights in Information: the story of TRIPS at GATT*. Prometheus, v. 13, No. 1, 1995. p. 8.

¹⁰JIANG, Feifei. The Problem with Patentes. *Harvard International Review*; Fall 2008, v. 30 Issue 3, p. 31

¹¹CHANG, Ha-Joon. *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in historical Perspective*. London: Anthem Press, 2002. p. 129.



Com a entrada do Brasil na OCDE, a tendência será de prejudicar ainda mais o processo de desenvolvimento, uma vez que o Brasil não contará mais com o tratamento diferenciado nas negociações, devendo ajustar a legislação para a entrada ao “clube dos países ricos”¹².

Assim, o que se depreende do cenário atual é que, segundo Ido, a “Propriedade Intelectual torna-se eminentemente um assunto de mercadorias, de “economia”, e não de proteção e valorização das invenções e criações artísticas e literárias, como – ao menos supostamente – eram em sua origem”¹³.

O acesso a conhecimento está em compasso com o desenvolvimento econômico do país, porém são necessários padrões mínimos para o estímulo dos reais titulares das criações: os autores e inventores, especialmente na atual sociedade de informação.

Segundo Dowbor¹⁴, “A tecnologia torna os bens culturais cada vez mais acessíveis, enquanto as leis, por pressão organizada dos intermediários, evoluem simetricamente para cada vez mais dificultar o acesso”.

Cada vez mais a sociedade se depara a tecnologias disruptivas, as quais empoderam o indivíduo, conectando-o com o coletivo, porém são reiteradamente distribuídos obstáculos em prol de interesses de alguns privilegiados.

Portanto, é possível observar que o atual regime internacional de direitos de propriedade intelectual desenvolveu-se de maneira a favorecer os países desenvolvidos, não existindo respeito às especificidades e aos interesses dos países em desenvolvimento.

Em razão disso, é um sistema que não se mostra adequado ao estímulo das criações intelectuais do Brasil, muito menos viável mostra-se a repressão na esfera penal dos direitos de propriedade intelectual.

Dessa forma, passa-se a seguir para verificação se há observância dos princípios constitucionais garantidores ante ao exercício do *ius puniendi* estatal na atuação legislativa de criminalizar condutas que ofendem a propriedade intelectual.

¹²PASSARINHO, Nathalia. *O que o Brasil perde e ganha se entrar na OCDE, o ‘clube dos países ricos’*. BBC News Brasil, Londres, 15jan. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51121488>>. Acesso em: 16 jan. 2020.

¹³IDO, Vitor Henrique Pinto. *Conhecimentos Tradicionais na Economia Global*. 2017. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 60.

¹⁴DOWBOR, op. cit., p. 11.

2. ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS LIMITADORES DO *IUS PUNIENDI* ESTATAL

Indubitavelmente, a repressão penal figura como a forma mais drástica de intervenção na esfera privada. O cenário atual do sistema prisional ressalta ineficiência do aspecto ressocializador da pena, sobretudo no estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, em que se foi reconhecida a falência da política pública carcerária.

Em razão disso, a discussão acerca da limitação do poder punitivo do Estado é salutar. Por isso, faz-se necessária uma análise dos princípios limitadores do Estado frente a repressão penal dos direitos de propriedade intelectual.

A ideia de intervenção mínima Estatal surgiu com a Declaração Universal de Direitos do Homem, sendo princípio implícito do ordenamento jurídico brasileiro. Desse princípio é possível extrair três importantes subprincípios: fragmentariedade, subsidiariedade e adequação social.

Pelo princípio da fragmentariedade entende-se o Direito Penal deve ser usado para coibir o menor número de condutas possíveis, a fim de proteger os bens jurídicos mais essenciais à vida em sociedade. Assim, o Estado não estaria autorizado a tolher o direito individual de liberdade em toda e qualquer situação, devendo se ater a uma pequena parcela da imensa gama de atos ilícitos existentes.

Já pelo princípio da subsidiariedade entende-se que a tipificação penal somente se justifica caso não haja outro meio de resguardar o bem jurídico em questão. Assim, se as demais esferas se mostrarem insuficientes à proteção, poderá ser o Direito Penal usado como forma de controle social.

Nesse viés, leciona Claus Roxin¹⁵ que “somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para a vida em comum ordenada.”

Da mesma forma, há que se destacar princípio da lesividade, por meio do qual o Estado está legitimado a punir apenas comportamentos que afetem bens jurídicos de terceiros, constituindo um direito penal do fato.

¹⁵ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986. p. 28.

Não cabe ao Estado Democrático de Direito punir comportamentos que lesionem a moral, ou condutas de autolesão consciente. Deve o Estado, então, ser pluralista, de modo a intervir na esfera privada somente para manter a coesão social.

Ainda há o princípio da legalidade, em que garante ao indivíduo que o Estado não pode punir o fato se a ele não for descrito como crime e não for cominada uma sanção. Desse princípio, decorrem outros três: o princípio da tipicidade, o princípio da anterioridade e o princípio da taxatividade.

Pelo princípio da tipicidade, somente lei sem sentido formal poderá criminalizar condutas. O princípio da taxatividade determina deve existir precisão na lei, não podendo ser de modo abstrata a fim de que o interprete realize o mais restritivamente a interpretação sobre o tipo.

Finalmente, como decorrência da intervenção mínima, há o princípio da adequação social. Por esse princípio entende-se que não deve considerar uma conduta materialmente típica se há aceitação pela sociedade.

Em decisão política, entendeu-se no Enunciado 502 da súmula do STJ¹⁶ que não deve ser afastada a tipicidade material da conduta de vender CDs e DVDs piratas.

Ao analisar os artigos do título III do atual Código Penal, o qual trata dos crimes contra a propriedade intelectual, não é possível concluir acerca de efeito pedagógico da pena ali cominada. Pela redação, hoje é possível observar descaso da aplicação dos princípios constitucionais garantidores ante ao exercício do *ius puniendi* estatal na atuação legislativa de criminalizar condutas que ofendem a propriedade intelectual.

As condutas que violam direitos de propriedade intelectual são tipos penais abertos e muitas vezes usam da técnica da norma penal em branco. Para Tulio Viana¹⁷, a repressão criminal dos direitos de propriedade intelectual trata-se de um disparate jurídico o qual só se mantém diante das pressões políticas do sistema de propriedade intelectual.

Nesses termos tipificar não se coaduna com o princípio de intervenção mínima, possuindo tão-somente como fim garantir o monopólio de quem detém os suportes materiais. Assim a criminalização da pirataria digital tem com única função garantir à “indústria cultural”.

¹⁶CONJUR. *STJ edita Súmula 502 e consolida posição sobre pirataria*. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 1 nov. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-01/stj-edita-sumula-afastar-adequacao-social-casos-pirataria>>. Acesso em: 21 out. 2019.

¹⁷VIANNA, Tulio Lima. A ideologia da propriedade intelectual (a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais do autor). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 30, p. 17. abr. 2005.

Para Túlio Vianna, o Direito Penal é utilizado como simulacro para garantir monopólio de determinado grupo, ao regular o mercado.

Além disso, o apanhado de condutas no Código Penal no mesmo título é de maneira impreciso que não se coaduna com a ideia de taxatividade do tipo penal.

De modo igual, é possível verificar no anteprojeto do Novo Código Penal que a tendência é a de agravar as penas de condutas que violem direitos de propriedade intelectual. É factível que a legislação penal brasileira precisa ser atualizada. Todavia, não deve ser no sentido de se abarcar novos tipos penais, nem no sentido de aumentar drasticamente as penas, desprovido de qualquer critério.

De maneira reflexa, tipificar crimes de propriedade intelectual viola outro princípio de vedação a prisão civil. Conforme Tulio Viana¹⁸ ensina, trata-se de tipos penais que decorrentes de exclusivamente de natureza obrigatória. Diferente do que ocorre nos crimes que protegem o patrimônio em que há proteção jurídica aos direitos morais violados da vítima.

O temor da sociedade frequente por cada vez mais que sejam atendidas normas que privilegiem a segurança pública justifica a adoção de políticas o expansionismo do Direito Penal.

Contudo, parece um contrassenso a legislação penalista persistir ao dar primazia a propriedade privada em detrimento de outros bens jurídicos mais importantes. Na visão de Lênio Streck¹⁹, o velho Código Penal permanece punindo de forma mais severa os crimes interindividuais em relação aos crimes metaindividuais.

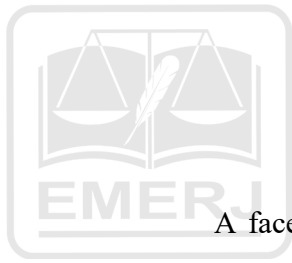
De acordo com Ladislau Dowbor²⁰ “restringir o acesso ao conhecimento e criminalizar os que dele fazem uso não faz o mínimo sentido”, sendo certo que nem ao menos os titulares da propriedade intelectual se privilegiam com a punição penal. Trata-se de uma proteção direcionada a quem detém o monopólio.

A sociedade de informação atual demonstra que o titular de bem imaterial não necessita do suporte material para seu devido reconhecimento. Hoje verifica-se o poder das mais variadas plataformas digitais, em que qualquer um consegue transmitir seus conhecimentos, expandindo sua clientela e reconhecimento profissional a patamares que antes não eram possíveis.

¹⁸ Ibid., p. 18 e 19.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Juiz não é gestor nem gerente. Ele deve julgar. E bem!*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-ago-08/senso-incomum-juiz-nao-gestor-nem-gerente-juiz-julgar-bem>> Acesso em: 7 set. 2019.

²⁰ DOWBOR, op. cit., p. 9.



A faceta de expansão do Direito Penal deve distanciar da ideia de óbice ao acesso ao conhecimento. O legislador antes de penalizar o acesso ao conhecimento, deve observar se há algum retorno à sociedade.

Sendo assim, questiona-se se há legitimidade em reprimir penalmente condutas que violem direitos da propriedade intelectual. Faz-se mister verificar se na prática o tipo penal protege o bem jurídico da propriedade intelectual, ou se constitui em verdadeiro entrave a produção e difusão de cultura e inovações.

3. ABORDAGEM ACERCA DA REPRESSÃO PENAL NOS CRIMES DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Ante o exposto anteriormente, parte-se da concepção de um Direito Penal liberal, a qual dá primazia, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt²¹, à proteção de bens jurídicos fundamentais. Distingue-se da concepção adotada em Estados totalitários, em que não há limitação para a intervenção estatal na liberdade individual.

Para que se possa falar em Estado Democrático de Direito há que se falar na proteção dos bens jurídicos consagrados como fundamentais pela sociedade. Por isso, não é possível cogitar sobre legitimidade e eficiência se não a proteção não está adstrito a um bem jurídico para garantir a paz social.²²

A tipificação do crime de direito autoral no art. 184 do Código Penal²³ somente ocorreu após a publicação da Lei nº 6.835, de 17 de dezembro de 1980. De acordo com Bitencourt²⁴, tutela-se como bem jurídico em questão um complexo de direitos morais e patrimoniais advindos da produção intelectual.

Pela redação do *caput*, consta-se que o legislador optou por adotar a técnica da “norma penal em branco”. Isto é, será estabelecido no caso concreto pelo aplicador do direito se a conduta em questão se coaduna com a tida “violação de direito de autor”, por meio de conceitos estabelecidos no Direito de Propriedade Intelectual.²⁵

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.6.

²² LIBERATI, Wilson Donizeti. Bem jurídico-penal e constituição. In: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). *Direito Penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 158-159

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 961.

²⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor: a nova estruturação penal no Brasil. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, v. 18, n. 71, p. 204

Já nos parágrafos subsequentes do art. 184 em questão, é possível observar que a pena é majorada em razão do especial fim de agir intuito de lucro. Inovação trazida após, que impossibilitou a suspensão condicional do processo.

De acordo com uma punição mais rígida ao crime de pirataria autoral está o posicionamento de Bitencourt²⁶. Para o autor, o aumento de pena se justifica quando se constata o intuito de lucro na conduta praticada, visto que há um desestímulo ao que designou de “indústria do xerox.”

Todavia, faz-se necessária a diferenciação dos crimes em que o bem jurídico tutelado é o patrimônio, para os bens jurídicos dos tipos penais em questão.

Nos crimes tradicionalmente patrimoniais o bem físico deixa a esfera do titular, sendo requisito necessário para se consumir. Há claramente uma violação a um direito real com a inversão da posse.

Diferente do que ocorre com direitos da propriedade intelectual, em que o que há é mera violação de direito obrigacional, o que hoje é plenamente protegido pelo Direito Civil e Administrativo.

Cumprir destacar, que a justiça brasileira carece de especialização acerca da matéria de Propriedade Intelectual. Assim, não convém criminalizar condutas em que demandariam uma cognição profunda.

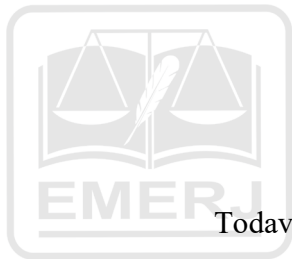
Sendo certo que tratam-se de condutas que não se mostram como injustas para a maioria da população a que justifique a sanção penal. É inerente ao ser humano o objetivo de viver em comunidade por meio de experiências.

Trata-se de instinto de sobrevivência humana a necessidade de viver em comunidade. Nesse sentido, a coerção não parece ser a solução de modo a estimular o acesso e a transferência de conhecimento.

Sobretudo com o advento da internet, em que ativos imateriais ganham relevância econômica, a intervenção do Estado é estratégica para proteger o direito de autor. Somente o mercado não se mostra eficiente para coibir certas práticas e regular que as contraprestações autorais estejam garantidas.²⁷

²⁶ BITENCOURT. op. cit., p. 970

²⁷ BRANCO, Sergio. A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação. *Sur, Rev. int. direitos human.* 2007, v.4, n.6, p. 126. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/es_a07v4n6.pdf> Acesso em: 25 ago. 2019.



Todavia, importa questionar quando a conduta cerceada tratar acerca do uso não comercial da obra. De acordo com o art. 46 da Lei nº 9.610 de 1998²⁸, não será violação de direito autoral o uso privado de modo a reproduzir de obra de terceiro em pequenos trechos.

O conceito “pequenos trechos” veio para se sobrepor ao conceito anterior que permitia a reprodução integral do uso sem fins lucrativos da obra. Ocorre que denota certa indeterminação que não se coaduna com a repressão penal.

É perceptível os entraves que estudantes brasileiros têm para efetuar ao menos uma cópia de um livro, mesmo quando a obra não está mais disponível para venda inclusive. Isto é, o medo da dita “indústria da xerox” prevalece sobre o acesso ao conhecimento.

Sérgio Branco²⁹ explica que a lei de direitos autorais brasileira é extremamente restritiva, em que não é possível realizar a cópia integral de uma obra sem autorização do titular. Empecilho que não ocorre na maioria dos outros países e acaba por prejudicar o desenvolvimento social econômico brasileiro.

É certo que o autor da obra, assim como o editor, precisa estar assegurado de sua contrapartida patrimonial. Porém, a realidade fática demonstra que quem está a desenvolver as leis repressivas não são os autores e a finalidade não é a de protegê-los.

Na realidade os interessados na limitação de acesso ao conhecimento são determinados setores de força política. Trata-se de grupos que pressionam sem se preocupar com uso para o desenvolvimento social, ou mais especificamente de seus criadores.³⁰

É pautável que o interesse vem de modo manter os privilégios de alguns, de modo a produzir uma escassez de maneira artificial. Artificial pois hoje não faz sentido cobrar por um suporte físico se não há seu uso de fato.

Em razão disso, não é possível frear absolutamente o uso por terceiros. Nesse sentido, poderia vir a prejudicar o desenvolvimento social.³¹

É de conhecimento notório os baixos índices de educação que o Brasil possui, estando o acesso ao conhecimento reservado a uma pequena parcela da população que detém poder aquisitivo. Por isso é forçoso constatar a existência de um prejuízo patrimonial concretamente,

²⁸ Ibid.

²⁹ BRANCO, op. cit., p. 123.

³⁰ DOWBOR, op. cit., p. 20

³¹ BRANCO, op. cit., p. 130.

pois os alunos em maioria não possuem dinheiro e da mesma forma não comprariam caso não houvesse.³²

O fenômeno da transnacionalidade da internet demanda certo anseio pela expansão do Direito Penal. Porém, figura-se temerário o controle do acesso ao conhecimento. As ideias não necessitam mais de suporte material para circular na era da sociedade de informação. Não haveria violação propriamente ao patrimônio no aspecto material.

A inovação se forma de construção social, sendo certo que não há ideia que seja inteiramente nova. Por isso que, em razão de toda indeterminação presente no tipo, Túlio Viana critica que não há um bem jurídico delimitado.³³

Conhecimento sempre esteve atrelado a desenvolvimento econômico e social. Vivemos em uma época de ápice do compartilhamento de ideias, em que devemos usar as plataformas digitais como aliadas na era da sociedade de informação

Nesse sentido é que mostra-se ilegítima a repressão penal para o uso educacional e científico sem fins lucrativos, devendo o Estado deixar para que a violação de propriedade intelectual seja punida nas outras esferas do Direito.

CONCLUSÃO

Observa-se no contexto atual que os bens imateriais cada vez possuem maior relevância econômica frente aos bens materiais. Contudo, cercear condutas que violem direitos da propriedade intelectual não parece ser a melhor estratégia por meio da moldura penal.

O sistema de propriedade intelectual nos moldes vigentes se apresenta de maneira desfavorável ao Brasil, uma vez que são impostos padrões de proteção que entram o acesso ao conhecimento. Logo, a repressão por meio do sistema penal deve ser a última opção a ser adotada.

Assim, quando a conduta em questão envolve somente acerca de questão patrimonial está configurada violação a princípios insculpidos na Constituição, quais sejam: da intervenção mínima e da vedação à prisão civil.

³² Ibid.

³³ DOWBOR, op. cit., p. 15



É certo que a repressão penal é a mais invasiva forma de intervenção estatal na esfera individual. Tendo em vista que hoje se discute a descarcerização como opção, mostra-se desproporcional o aumento da sanção cominada prevista no Anteprojeto do Novo Código Penal aos crimes contra a propriedade imaterial.

O orçamento público deveria ser destinado a reprimir os crimes mais graves à sociedade. Trata-se de dispêndio de recursos alocar esforços para penalizar criminalmente condutas já devidamente reguladas no âmbito civil e administrativo.

Além disso, a repressão penal figura um entrave ao acesso ao conhecimento que não deveria ocorrer nos moldes atuais. A proteção penal somente privilegia os detentores de monopólio de suporte material, no sentido de que os verdadeiros titulares dos bens imateriais não estão interessados em punirem penalmente os contraventores.

Portanto, conclui-se que não há legitimidade em repreender penalmente direitos de propriedade intelectual. Deve-se objetivar por afastamento de leis que privilegiam uma concepção patrimonialista, no sentido de proteger tão somente bens jurídicos que mais importam para a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 mar. 2019.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. *Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm> Acesso em: 27 mar. 2019.

_____. *Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRANCO, Sergio. A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação. *Sur, Rev. int. direitos human.* 2007, vol.4, n.6, p. 126. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/es_a07v4n6.pdf> Acesso em: 23 set 2019.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. 5v.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor: a nova estruturação penal no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 18, n. 71, p. 203-206, jul/set. 198.

CHANG, Ha-Joon. *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in historical Perspective*. Londres: Anthem Press, 2002.

CONJUR. *STJ edita Súmula 502 e consolida posição sobre pirataria*. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 1 nov. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-01/stj-edita-sumula-afastar-adequacao-social-casos-pirataria>>. Acesso em: 21 out. 2019.

DRAHOS, Peter. *Global Property Rights in Information: the story of TRIPS at GATT*. Prometheus, v. 13, No. 1, 1995.

_____. Thinking strategically about intellectual property rights. *Telecommunications Policy*, v. 21, n. 3, 1997. p. 201-211.

DOWBOR, Ladislau. Da propriedade intelectual à economia do conhecimento (Primeira parte). *Economia Global e Gestão*, Lisboa, v. 15, n. 1, p. 9-29, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/egg/v15n1/v15n1a02.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

GANDELMAN, Marisa. *Poder e conhecimento na economia global: o regime internacional da propriedade intelectual da sua formação às regras de comércio atuais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

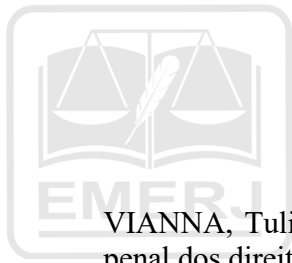
JIANG, Feifei. The Problem with Patentes. *Harvard International Review*; Fall 2008, v. 30 Issue 3, p. 30-33.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Bem jurídico-penal e constituição. In: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). *Direito Penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

NAPOLEÃO, Aluizio. *Santos-Dumont e a conquista do ar*. Disponível em: <<https://bdor.sibi.ufrj.br/bitstream/doc/67/1/295%20PDF%20-%20OCR%20-%20RED.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2019.

PASSARINHO, Nathalia. *O que o Brasil perde e ganha se entrar na OCDE, o 'clube dos países ricos'*. BBC News Brasil, Londres, 15 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51121488>>. Acesso em: 16 jan. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Juiz não é gestor nem gerente. Ele deve julgar. E bem!*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-ago-08/senso-incomum-juiz-nao-gestor-nem-gerente-juiz-julgar-bem>> Acesso em: 7 set. 2019.



VIANNA, Tulio Lima. A ideologia da propriedade intelectual (a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais do autor). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 30, p. 89-108, abr. 2005.

O USO DOS MÉTODOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO PELA FAZENDA PÚBLICA NOS JUIZADOS FAZENDÁRIOS E FEDERAIS NO CENÁRIO PÓS CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E LEI DE MEDIAÇÃO

Hanna Lyzzie Gomes Giglio

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – A Fazenda Pública, em uma visão clássica do Direito Público, sempre foi impossibilitada de celebrar negócios processuais, especialmente aqueles que envolvam disposição de direitos. Em sentido oposto, os Juizados Especiais Federais e Fazendários têm como corolário a busca pela autocomposição. O CPC/15 e a Lei de Mediação previram expressamente a possibilidade de a Administração Pública adotar a autocomposição e, mesmo assim, ainda são suscitados obstáculos para o seu desuso. A questão que se pretende discutir é como conciliar os princípios que regem a atuação do administrador público com os dispositivos processuais que autorizam a disposição sobre direitos, especialmente nos juizados.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Direito Administrativo. Autocomposição. Fazenda Pública. Juizado.

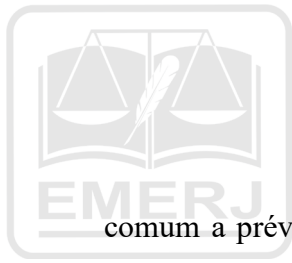
Sumário – Introdução. 1. Confronto e convergência entre os princípios regentes dos Juizados e da Administração Pública. 2. Arcabouço legal fornecido pelo CPC/15 e pela Lei de Mediação para a celebração de acordos de autocomposição pela Fazenda Pública. 3. Empecilhos suscitados para a não adoção da autocomposição pela Administração Pública em juízo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o uso dos métodos de autocomposição pela Fazenda Pública nos Juizados Fazendários e Federais sob a perspectiva do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, ambos de 2015. Objetiva-se discutir os empecilhos para a adoção de tais métodos no cenário atual da prática forense, levando em conta a existência de leis que fornecem o arcabouço normativo para a implementação de referidos mecanismos.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir delimitar as dificuldades que obstaculizam a ampla disseminação da conciliação e da mediação pela Fazenda Pública, especialmente nos trâmites do procedimento especial sumaríssimo.

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) trouxe como norma fundamental do processo civil a promoção da solução consensual dos conflitos, em especial, por meio dos métodos de conciliação e mediação. Outrossim, tornou parte do procedimento



comum a prévia audiência de conciliação e mediação, de modo a ratificar a importância do instituto independentemente do rito seguido no processo. Ato seguinte, a Lei de Mediações (Lei nº 13.140/15) dispôs em capítulo próprio sobre “autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público” (capítulo II), apontando mais uma vez para a existência de alternativa viável à jurisdição clássica litigiosa.

Esse quadro legislativo, no entanto, ao contrário do que se esperava, não culminou na adoção maciça das práticas de autocomposição pela Fazenda Pública, o que provoca algumas reflexões: é possível harmonizar as práticas alternativas de solução judicial desejadas pelos Juizados Especiais com a atuação processual da Administração Pública? Tendo em vista que a não utilização desses métodos processuais retira do cidadão a possibilidade de obter um direito em tempo razoável e da Administração, o uso eficiente dos recursos públicos, o que se manifesta como empecilho para a utilização da autocomposição?

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando os princípios que regem os procedimentos nos Juizados Especiais e os que pautam a atuação da Administração Pública, de modo a clarificar o ponto em que convergem.

Segue-se, no segundo capítulo, uma reflexão sobre como o Novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação conferem arcabouço jurídico e legal à adoção dos métodos de autocomposição pela Fazenda Pública, principalmente no que tange ao procedimento dos Juizados Especiais Federais e Fazendários.

O terceiro capítulo da pesquisa defende a necessidade de se mitigar os princípios clássicos regentes da Administração Pública frente à vantagem de a autocomposição propiciar a obtenção de um direito em tempo razoável para o cidadão e, de atribuir à Administração a gestão do próprio orçamento.

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. CONFRONTO E CONVERGÊNCIA ENTRE OS PRINCÍPIOS REGENTES DOS JUIZADOS E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em agosto de 2019, o Conselho Nacional de Justiça divulgou o relatório “Justiça em Números de 2018”¹, apontando que o Judiciário brasileiro, no ano de 2018, contabilizou mais de 80 milhões de processos judiciais em trâmite. O levantamento ainda mostrou que, se não entrasse mais nenhum processo no Judiciário, seriam necessários cerca de dois anos e meio para zerar o acervo.

Tais números atestam, empiricamente, que o processo contencioso tem se mostrado cada vez menos efetivo em providenciar uma resposta rápida e duradoura às necessidades emergentes de uma sociedade de risco, globalizada e massificada, marcada por ondas renovatórias tecnológicas e econômicas sempre mais dinâmicas.

A insatisfação dos jurisdicionados com o processo tradicional confirma o espaço existente entre a “normatividade da Constituição”, que formalmente prevê o direito ao processo célere² e à solução pacífica das controvérsias³, e a “realidade da Constituição”, que rege um Estado em que a efetivação de tais direitos é inabitual.

Foi nesse contexto que surgiu a necessidade de se desenvolver um novo modelo de resolução de conflitos, que tivesse aptidão para não só solucionar lides no âmbito jurídico, como também para eliminar o conflito como fator psicológico e social.

É certo que a paz entre duas pessoas é alcançada de forma mais sólida quando elas mesmas chegam a uma solução, pois dentro da tessitura dos relacionamentos, podem debater os pontos de discórdia e superá-los. Dinâmica essa que não se desenvolve no processo judicial tradicional, fundado no princípio da heterocompositividade, por meio do qual um terceiro imparcial e, até então, sem familiaridade alguma com o litígio, imporá uma decisão àqueles que se apresentam diante de si.

Após a Constituição Federal de 1988 prever pela primeira vez a criação de juizados especiais no Brasil⁴, foi iniciada a criação do microsistema dos juizados especiais,

¹ BRASIL. CNJ. *Justiça em Números de 2018*. Brasília, ago.2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 02 set.2019.

² Art. 5º, LXXVIII. “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 set.2019.

³Preâmbulo da CRFB/88: “Nós, representantes do povo brasileiro, [...], destinado a assegurar o exercício dos direitos [...], com a solução pacífica das controvérsias, [...]”. Ibidem.

⁴Art. 98: “A União, no Distrito Federal e nos Estados, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e



atualmente formado por uma coletânea de leis, cujo núcleo se compõe pelas Leis nº 9.099/95⁵, 10.259/01⁶ e 12.153/09⁷, complementado pelo Código de Processo Civil.

Enquanto primeiro diploma legal sobre o tema, a Lei nº 9.099/95 teve o importante papel de estipular os critérios básicos e princípios regentes desse microsistema. Por isso, foi escolhida pelo legislador para subsidiar as normas reguladoras dos Juizados Especiais Federais e dos Juizados Especiais de Fazenda Pública, respectivamente nos arts. 1º da Lei nº 10.259/01⁸ e art. 27 da Lei nº 12.153/09⁹.

No art. 2º da Lei nº 9.099/95¹⁰ foram consagrados os princípios da oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade e busca pela autocomposição. Todos esses princípios se alinham e, combinados, permitem o acesso à prestação jurisdicional em menor tempo e com soluções menos traumáticas, por meio da aproximação das partes na conquista de um desfecho amigável.

Devido ao seu caráter fortemente democrático, a autocomposição foi adotada como uma forma alternativa de resolução de conflitos à jurisdição. Com isso, objetiva-se um reforço à participação popular no exercício de poder, em que os envolvidos podem i) transigir, por meio de concessões mútuas; ii) renunciar à pretensão ou; iii) reconhecer a procedência do pedido da outra parte¹¹.

Sobre o instituto, Fredie Didier¹² ressalta que a “solução negociada não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução de litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da decisão jurídica que regula as suas relações”.

sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”. BRASIL, op. cit., nota 2.

⁵BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 02 set.2019.

⁶BRASIL. *Lei nº 10.259*, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm>. Acesso em: 02 set.2019.

⁷BRASIL. *Lei nº 12.153*, de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato-2010/2009/lei/L12153.htm>. Acesso em: 02 set.2019.

⁸Art. 1º: “São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”. BRASIL, op. cit., nota 7.

⁹Art. 27: “Aplica-se subsidiariamente o disposto nas Leis nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil – 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001”. BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 6.

¹¹PELINGEIRO, Gabriel. As possibilidades de solução consensual de conflitos judiciais com a Administração Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 11, v.18, nº 03, set/dez de 2017, p.126.

¹²DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 19 ed., V. 1. Salvador: Juspodium, 2017, p.305.

Pensando nisso, ao prever o funcionamento dos Juizados Especiais Federais, o legislador autorizou o Advogado Público Federal a conciliar, transigir ou desistir nos processos de sua competência¹³.

Por sua vez, no âmbito dos Juizados de Fazenda Pública, a possibilidade de propositura de acordo pelo representante jurídico da Fazenda encontra guarida no art. 8º, da Lei nº 12.153/09¹⁴, que remete expressamente essa possibilidade aos termos e hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.

Ocorre que, se por um lado, os Juizados Federais e Fazendários, que possuem como protagonista nos processos de sua competência a Administração Pública, permitem a adoção de técnicas autocompositivas, por outro, a tese da indisponibilidade dos interesses da Fazenda Pública parece se mostrar incompatível com o microsistema processual dos Juizados.

A atuação da Administração Pública é fortemente delineada pelo pacto social, em que os administrados lhe concedem poder em troca de uma atuação que vise ao atendimento do interesse público.

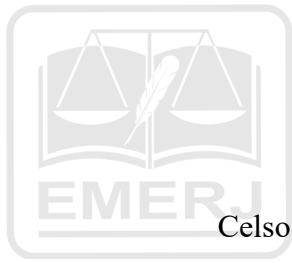
Por isso, o princípio da legalidade é o principal pilar da atividade administrativa, nos termos em que a vontade da Administração é tão somente aquela que decorre da lei. Desse princípio decorrem os postulados da supremacia do interesse público e, conseqüentemente, da indisponibilidade do interesse público.

Importante, nesse ponto, apontar a classificação feita pela doutrina clássica¹⁵, que divide o interesse público em primário e secundário. Aquele tido como o interesse geral, direto e imediato do povo. Em outras palavras, relaciona-se com a atuação das funções precípua do Estado, a fim de satisfazer as principais necessidades coletivas. Já o interesse secundário é categorizado como o interesse imediato do Estado, na qualidade de pessoa jurídica titular de direitos e obrigações. Mais importante, os interesses secundários são identificados como os meramente patrimoniais, voltados à ampliação de receitas e redução de gastos, aperfeiçoando-se mediante atividades administrativas instrumentais.

¹³Art. 10, parágrafo único: “Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais”. BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁴Art. 8º: “Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação”. BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁵ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. *Direito administrativo descomplicado*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2001, p. 203
OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5ed. São Paulo: Método, 2017, p.45.



Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶ capitaneou o entendimento de que a legitimidade da busca pela satisfação do interesse secundário se pauta no preenchimento de dois requisitos: i) não contrariar nenhum interesse público primário e ii) possibilitar, ainda que indiretamente, a realização de interesses primários. Isso é evidente quando se entende que para satisfazer aos interesses gerais dos administrados é necessária a gestão racional e autônoma do orçamento público.

O art. 2º, parágrafo único, inciso II da Lei nº 9.784/99¹⁷, ao positivizar o postulado do interesse público, restringiu os atos da administração no sentido de atender ao “interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”. Assim, em que pese a imposição da indisponibilidade do interesse público aparentemente conflitar com a possibilidade de transação e negociação do direito trazida pela autocomposição desejada no âmbito dos juizados especiais, o legislador parece superar esse choque principiológico ao conferir à Administração Pública os mecanismos de solução negocial expressamente.

Caso contrário, como bem afirma Alexandre Câmara¹⁸, prevalecesse a tese da indisponibilidade, seria “absolutamente inócua a criação dos Juizados Especiais Cíveis Federais”, bem como dos Juizados de Fazenda Pública.

2. ARCABOUÇO LEGAL FORNECIDO PELO CPC/15 E PELA LEI DE MEDIAÇÃO PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO PELA FAZENDA PÚBLICA

As disposições das leis que compõem o microsistema dos juizados permitiram que se concluísse pela existência de uma indisponibilidade mitigada do interesse público em determinados casos, caracterizada pela irrenunciabilidade suscetível à transação.

Nesse aspecto, as normas principiológicas do direito administrativo devem ceder espaço para os critérios regentes dos juizados, pois estes, mais especificamente que em outros ramos do direito, clamam por uma solução amigável e célere entre as partes.

No entanto, não foi isso que se constatou nas práticas judiciárias, como ressaltou Alexandre Câmara¹⁹ ainda em 2012, ao afirmar que “muitos advogados certamente já

¹⁶ALEXANDRINO, op. cit., p.231.

¹⁷BRASIL. *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 02 set.2019.

¹⁸CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis, Estaduais e Federais e da Fazenda Pública: uma abordagem crítica*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lamem Juris, 2012, p.230.

passaram pela experiência de ouvir daqueles advogados [da Fazenda Pública] que não celebravam acordo porque a natureza do interesse não o permitiria.”

Foi nesse cenário que a Lei nº 13.105/15 introduziu o novo Código de Processo Civil²⁰ e conferiu às técnicas de autocomposição, em especial, à mediação e à conciliação, previsão legislativa correspondente a sua importância. É o que se depreende pela leitura do art. 3º, parágrafos 2º e 3º e nos arts. 165 e 174, da legislação processual.

No mesmo ano, foi promulgada a Lei nº 13.140, conhecida como Lei de Mediação²¹. O diploma dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública (art. 1º). Além disso, dedicou um capítulo inteiro à aplicação dessa solução nas hipóteses em que for parte pessoa jurídica de direito público (arts. 32 a 40).

Nesse ponto, necessário realizar um recorte didático no tema discutido, a fim de esclarecer que a palavra “autocomposição” assume no presente estudo uma acepção genérica, sinônimo de solução consensual de conflitos, tal qual o fez o CPC/15 em seu art.3º, parágrafos 2º e 3º. Nesse aspecto, será o gênero do qual são espécies a conciliação, a mediação e qualquer outro método negocial, em que os resultados possam ser atingidos de forma espontânea ou estimulada por um terceiro imparcial sem poder decisório.

Percebe-se assim, que ambos o CPC/15 e a Lei de Mediação procuram colocar fim, de uma vez, ao intenso debate que envolvia a possibilidade de a Administração Pública transigir em controvérsias nas quais se discute direito indisponível decorrente do interesse público, primário ou secundário.

Um dos indicativos dessa afirmação se verifica com a leitura conjugada dos arts. 174 do CPC/15²² e 32 da Lei de Mediação²³, que impõem a criação de Câmaras de conciliação e/ou mediação pelos entes públicos. Nesses centros, a facilitação é geralmente feita pelos

¹⁹Ibidem.

²⁰BRASIL. *Código de Processo Civil*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 set.2019.

²¹BRASIL. *Lei nº 13.140*, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: 02 set.2019.

²²Art. 174: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: [...]”.BRASIL, op. cit., nota 21.

²³Art. 32: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.” BRASIL, op. cit., nota 22.

próprios procuradores ou por órgãos internos da procuradoria, enquanto mediadores ou conciliadores certificados²⁴.

Como exemplo de sucesso dessa prática, cita-se o Centro de Conciliação e Mediação do Estado do Rio Grande do Sul, instituído pela Lei Estadual nº 14.794/15, integrado ao Sistema de Advocacia do Estado, que em seu primeiro ano de funcionamento, recebeu mais de 100 demandas, evitando o ingresso de ações na Justiça ou viabilizando o encerramento do conflito judicializado²⁵.

Importante salientar que, embora o CPC não faça restrições à propositura de acordos pelo Estado em juízo, ele não adentra nos poderes e nos limites da atuação do advogado público para viabilizar legalmente a sua conduta diante da autocomposição, em especial nos Juizados. Tampouco aborda o procedimento a ser adotado nos casos de conflito de interesse entre órgãos ou entidades jurídicas da mesma Administração Pública²⁶.

Para tanto, é necessário voltar-se à regulamentação interna de atuação dos representantes jurídicos dos órgãos públicos, tais como as Procuradorias Estaduais, a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias Autárquicas. Assim, cabe ao Advogado-Geral da União fixar as diretrizes básicas para a autocomposição nos Juizados Especiais Federais, conforme preconiza o art. 2º do Decreto nº 4.250/02²⁷, enquanto que nos Juizados Especiais de Fazenda Pública, deve a lei do Estado, Distrito Federal e do Município regulamentar os limites dentro dos quais será admissível a autocomposição.

Uma vez feito isso, observa-se uma multiplicidade normativa, o que gera inevitável disparidade de tratamento sobre os mesmos temas dentro da Federação. Conseqüentemente, emerge uma crise de segurança jurídica e falta de isonomia com relação aos jurisdicionados, que serão atingidos por regras distintas dependendo do local em que se encontram, ainda que o litígio verse sobre matéria repetida semelhantemente em vários entes federativos, a exemplo das demandas previdenciárias.

²⁴Conforme enuncia o parágrafo 1º do art. 32 da Lei de Mediação, o modo de composição e funcionamento das câmaras será estabelecido em regulamento de cada ente federado, mas a título de exemplo, destaca-se o art. 39, inciso III, da Resolução da PGE/RJ, que atribuiu competência à Coordenadoria, Consultoria e Advocacia Preventiva do Sistema Jurídico para atuar como órgão mediador e conciliador, sempre que determinado pelo Procurador-Geral do Estado. BRASIL. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. *Resolução PGE nº 3.968*, de 09 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/resolucao_pge_n_3_968_-_091120.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

²⁵BRASIL. Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. *Centro de Conciliação e Mediação recebe visita da PGE-RJ*, 2018. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/centro-de-conciliacao-e-mediacao-recebe-visita-da-pge-rj>>. Acesso em: 02 set. 2019.

²⁶FACCI, Lucio Picanço. Conciliação no Direito Processual Público. *Revista Dialética de Direito Processual: Novos Paradigmas e a Experiência Recente da Advocacia-Geral da União*, São Paulo, nº 106, p.91, jan.2012.

²⁷BRASIL. *Decreto nº 4.250*, de 27 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4250.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

No âmbito de cada ente, no que diz respeito à atuação dos procuradores do Estado (aqui entendidos em seu sentido amplo), os Ministros do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, por ocasião do julgamento da ADI 470²⁸, ressaltaram a diferença entre a independência técnica e a independência funcional do profissional da advocacia que defende os interesses do Estado.

Foi delineado que a independência técnica é ínsita aos advogados e, portanto, também gozam dela os procuradores, de modo que lhes é conferida ampla liberdade na definição do que há de ser veiculado ou não em juízo para a defesa do Estado. Por outro lado, a independência funcional não está presente na atuação do procurador, que deve agir de forma compatível com a organização hierarquizada da Administração Pública.

Dito em outras palavras pelo próprio Ministro Sepúlveda Pertence, o advogado público não tem a possibilidade de reconhecer o direito posto em juízo sem a autorização dos seus superiores. Mais uma vez, insiste-se na produção normativa que pautar a atuação do procurador quando ele se deparar com a possibilidade de autocompor o conflito.

3. EMPECILHOS SUSCITADOS PARA A NÃO ADOÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO

Os benefícios da adoção da autocomposição pelo Poder Público são evidentes. Permite-se a prestação jurisdicional efetiva com menores custos ao sistema judiciário, evita os efeitos perniciosos do prolongamento dos litígios, sobretudo nas causas manifestamente favoráveis ao administrado, além de servir de instrumento de pacificação social. No mesmo sentido, permite que o administrador negocie quanto poderá dispor para pôr fim ao litígio, sem que o Estado-juiz o faça em seu lugar.

Contudo, não obstante o estímulo legal à autocomposição, o Poder Público ainda é o maior litigante em 8 das 11 unidades da federação pesquisadas pela Associação de Magistrados Brasileiros²⁹.

Além disso, o relatório do Justiça em Números de 2018 concluiu que “apesar de o novo Código de Processo Civil (CPC) tornar obrigatória a realização de audiência prévia de

²⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 470-1*, AM. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266370>>. Acesso em: 02 set. 2019.

²⁹AMB. *O uso da justiça e o litígio no Brasil*. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2019.



conciliação e mediação, em três anos o índice de conciliação cresceu apenas 0,5 ponto percentual³⁰.

Os principais fundamentos utilizados para afastar a adoção de métodos consensuais na resolução de conflitos pelo Poder Público são os comandos que regem a Administração e se referem basicamente ao princípio da indisponibilidade, da legalidade, da isonomia e da publicidade.

O princípio da indisponibilidade do direito público normalmente vem associado ao princípio da supremacia do interesse público, como apontado no primeiro capítulo desta obra. Ocorre que não há que se confundir indisponibilidade com intransigibilidade. Isso porque, ainda que estejamos diante de um interesse público primário, de caráter naturalmente indisponível, será possível a negociação. Nesse sentido, explica Luciane Moessa de Souza³¹:

[...] interesses públicos primários, portanto indisponíveis, frequentemente colidem entre si (como acontece com direitos fundamentais), havendo uma necessidade inadiável de harmonização entre eles, razão pela qual o nosso legislador já reconheceu implicitamente inúmeras vezes que a indisponibilidade não se confunde com intransigibilidade, ao admitir a utilização da negociação em uma série de conflitos que envolvem direitos indisponíveis, de natureza pública e difusa inclusive.

Essa conclusão pode ser alcançada por meio da leitura dos arts. 65 e 79 da Lei nº 8.666/93³², que tratam dos acordos em contratos administrativos, ou ainda do art. 86 da Lei nº 12.529/11³³, que permite a realização de acordos em procedimentos sancionatórios do CADE e, por fim, do art. 5º, §6º da Lei nº 7.347/85³⁴, que em litígios envolvendo direitos indisponíveis, possibilitou aos órgãos públicos a tomada de compromisso de ajustamento de conduta em processos coletivos. Mais recentemente, foi promulgada a Lei nº 13.867/19³⁵, que prevê que o valor da indenização nas desapropriações por utilidade pública poderá ser definido por meio de mediação ou arbitragem.

A intransigibilidade, por sua vez, ocorre apenas quando a lei expressamente veda a transação, como o fez a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) em seu art. 17,

³⁰BRASIL, op. cit., p.220.

³¹SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público: caminho possível e adequado, com o devido respeito às peculiaridades do regime jurídico-administrativo. *Revista do Advogado*. São Paulo, v.34, nº 123, ago.2014, p.169.

³²BRASIL. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 02 set.2019.

³³BRASIL. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12529.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

³⁴BRASIL. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 02 set.2019.

³⁵BRASIL. *Lei nº 13.867*, de 26 de agosto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13867.htm>. Acesso em: 02 set.2019.

§1^{o36}. Por fim, a dita supremacia do interesse público sobre o privado, desde o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, advindo da CRFB/88, passou a assumir nova feição, de modo que: “a imbricação conceitual entre interesse público, interesses coletivos e interesses individuais não permite falar em uma regra de prevalência absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual”³⁷. Nesse aspecto, a supremacia do interesse público deve ser buscada em cada caso, submetendo-se à ponderação em relação aos direitos individuais e interesses coletivos envolvidos.

O segundo argumento é aquele segundo o qual o administrador público não pode atuar sem que esteja autorizado por lei. No entanto, o denominado princípio da legalidade também sofreu importantes alterações com a constitucionalização do direito administrativo, de sorte que se passou a examinar o papel da Administração Pública na concretização dos direitos definidos não só na lei, mas principalmente na Constituição. Diz-se, atualmente, que a Administração Pública deve se reger conforme o princípio da juridicidade e não mais o da legalidade estrita.

Deste modo, a atividade administrativa pode encontrar fundamento diretamente na Constituição, a despeito da ausência de lei, desde que os acordos envolvendo o Poder Público provem-se devidamente fundamentados, com o objetivo de possibilitar o controle interno e externo de juridicidade e evidenciar que a solução adotada era mais adequada para pôr fim ao conflito, sob o ponto de vista da ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais.

Uma terceira “limitação” à solução de conflitos pela Administração Pública é o princípio da isonomia, por meio do qual se impede que em casos semelhantes, o administrador tome decisões divergentes passíveis de ensejar favorecimentos indevidos. Esse argumento pode ser rechaçado a partir de dois vieses.

Primeiro, Luciane Moessa de Souza³⁸ indica que quando o Poder Público firma um acordo, assim como se dá com qualquer outro ato administrativo, está estabelecendo um precedente, de modo que outra pessoa que se encontre na mesma situação fática e jurídica do precedente poderá invocar para si a mesma solução. Além disso, a Fazenda, ao se dispor a

³⁶BRASIL. *Lei n° 8.429*, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 02 set.2019.

³⁷BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>>. Acesso em: 08 out. 2019. p.29.

³⁸SOUZA, op. cit., p.166-167.

negociar, deve levar em conta que a proposta poderá ser adotada por muitos, motivo pelo qual precisa verificar se o cumprimento de tais acordos será viável técnica e financeiramente.

Segundo, o legislador indicou uma simples saída para evitar a ofensa à isonomia ao instituir a possibilidade de adesão aos termos da mediação já realizada pela administração federal, conforme art. 35, da Lei de Mediação³⁹. Desse modo, o Advogado-Geral da União poderá fixar as condições da transação por adesão enquanto os demais entes da federação podem estabelecer regras similares para as suas atuações em juízo.

Por fim, não há que se falar em empecilho à autocomposição por respeito ao princípio da publicidade.

É certo que a mediação e a conciliação são regidas pelo princípio da confidencialidade, conforme art. 166, *caput*, §§1º e 4º do CPC/15⁴⁰ e art. 2º, VII, da Lei nº 13.140/15⁴¹. No entanto, a publicidade dos atos administrativos nunca foi tida como absoluta, sendo excepcionada inclusive pelo texto constitucional⁴². Tampouco a confidencialidade da autocomposição é absoluta, já que os interessados podem abrir mão livremente desse princípio, como permite o art. 166, §4º, do CPC/15⁴³.

Desse modo, percebe-se que tanto seria possível afastar a confidencialidade das sessões conjuntas de mediação e conciliação de que participasse a Administração Pública, quanto também se poderia conceder sigilo a documentos ou procedimentos em casos excepcionais, como ocorre, por exemplo, nos próprios processos judiciais submetidos ao segredo de Justiça.

Afinal, parece que a ineficácia da justiça multiportas decorre não mais por falta de mecanismos para a sua implementação, mas sim pelos mesmos motivos apontados por Alexandre Câmara⁴⁴ ainda em 2012:

³⁹Art. 35: “As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: I – autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou II – parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República”. BRASIL, op. cit., nota 21.

⁴⁰Art. 166: “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. §1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. §4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”. *Ibidem*.

⁴¹Art. 2º: “A mediação será orientada pelos seguintes princípios: VII – confidencialidade;”. BRASIL, op. cit., nota 22.

⁴²Art. 5º, LX: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.” BRASIL, op. cit., nota 2.

⁴³Art. 166, §4º : “A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.”. BRASIL, op. cit., nota 21.

⁴⁴CÂMARA, op. cit., p.232.

O que é preciso, porém, para que este microsistema funcione cada vez melhor é a mudança cultural. É necessário mudar a cultura da indisponibilidade dos interesses da Fazenda Pública. De nada adianta a lei autorizar a autocomposição se os advogados públicos não celebram acordos. É preciso, pois, que haja uma modificação profunda no modo de atuar das procuradorias da Fazenda Pública, deixando esta de ser – como historicamente tem sido no Brasil – uma litigante contumaz, daquelas que lutam até o último recurso para tentar evitar o reconhecimento do direito da parte contrária quando esta tem razão. Só com uma mudança radical será possível a justiça coexistencial ser alcançada nos processos que envolvem a Fazenda Pública.

O autor aponta que, não obstante exista um vasto arcabouço legal viabilizando a sua adoção, a autocomposição permanecerá sendo uma distante realidade para a Administração Pública enquanto não passar por uma mudança cultural, a fim de perseguir soluções conciliatórias de conflitos.

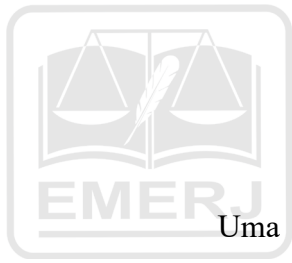
CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um aparente conflito entre a utilização de métodos autocompositivos nos Juizados de Fazenda Pública e nos Juizados Especiais Federais e os princípios que regem a Administração Pública.

Por um lado, procurou-se demonstrar que desde os primeiros passos na criação de um microsistema de juizados, o legislador previu meios alternativos à justiça contenciosa, elevando ao *status* de princípio a busca pela autocomposição. Esse recurso foi estendido à Administração Pública, em especial, nos Juizados Federais e Fazendários, o que já então apontava pela mitigação do princípio da indisponibilidade do interesse público.

No segundo capítulo, identificou-se a condição do Poder Público de maior litigante nos processos judiciais em curso no país. Isso levou o legislador a editar o CPC/15 e a Lei de Mediação, diplomas diretos e claros quanto à possibilidade de a Administração resolver contendas em câmaras administrativas de conciliação e mediação ou em juízo, por meio de qualquer método de solução consensual de conflitos.

Finalmente, no terceiro capítulo, pôde-se constatar a baixa concretização dos objetivos traçados pelos diplomas mencionados. Os principais argumentos para a insistência do administrador em afastar o sistema de justiça multiportas foram identificados e, após serem combatidos um a um, o entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que embora o representante público se encontre amparado por um arsenal legal incentivador do uso de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública, o aspecto cultural ainda será um empecilho.



Uma razão para tanto pode ser o temor de responsabilização pela realização de acordo quando não existir lei específica que aborde o tema. Assim, revela-se mais do que conveniente, urgente, a fixação de normas que expressamente definam quais direitos da Administração Pública os agentes públicos que a representam podem dispor, e os limites e condições para que assim o façam.

Enquanto isso não ocorre, é importante lembrar que o CPC/15 e a Lei de Mediação previram a implementação de câmaras administrativas de conciliação e mediação pela Administração Pública, que vêm apresentando bons resultados em alguns estados da Federação, como no Rio Grande do Sul. Aponta-se também como relevante modo de redução de litígios no Judiciário, o uso de instrumento de adesão a acordos previamente realizados pelo Poder Público.

Ressalta-se ainda que, se desde antes de 2015 já era desejável que a Administração transigisse ou renunciasse ao direito de litigar quando a jurisprudência era consolidada a favor do particular, com mais razão deve fazê-lo atualmente, com a valorização da teoria do precedente pelo CPC/15.

Esta pesquisa pretende desmistificar o conceito de interesse público enquanto óbice à consecução da autocomposição e entendê-lo como sendo a atuação estatal voltada a atender ao máximo de interesses da sociedade. Nesse sentido, o interesse público seria alcançado com a otimização da atuação dos juizados, a partir da obtenção de uma prestação jurídica eficiente e em tempo razoável para o cidadão, e da possibilidade de a Administração despender menos recursos em processos longos e custosos, que terminam por engessar seu orçamento.

Com isso, percebe-se que os Juizados Especiais Federais e de Fazenda Pública necessitam de urgente e integral implementação das técnicas de autocomposição previstas no CPC/15 e na Lei de 2015 pela Administração Pública, seja por meio de leis específicas, seja esforçando-se para difundir a cultura da autocomposição também em suas relações internas.

REFERÊNCIAS

AMB. *O uso da justiça e o litígio no Brasil*. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf>>. Acesso em: 02 set.2019.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. *Direito administrativo descomplicado*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2001.

BATISTA, Nadia Cristina. Acesso à justiça por meio de mecanismos autocompositivos. *Fórum Administrativo Direito Público*. Ano 18, nº12, Fórum Conhecimento Jurídico, set.2018.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>>. Acesso em: 08 out. 2019.

BRASIL. *Código de Processo Civil*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 set.2019.

_____. CNJ. *100 maiores litigantes*. Brasília, mar.2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 02 set.2019.

_____. CNJ. *Justiça em Números de 2018*. Brasília, ago.2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 02 set.2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 set.2019.

_____. *Decreto nº 4.250*, de 27 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4250.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 02 set.2019.

_____. *Lei nº 8.429*, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. *Lei nº 10.259*, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. *Lei nº 12.153*, de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato-2010/2009/lei/L12153.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.



_____. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 02 set.2019.

_____. *Lei nº 13.140*, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. *Lei nº 13.867*, de 26 de agosto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13867.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. *Resolução PGE nº 3.968*, de 09 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/resolucao_pge_n_3_968_-_091120.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 470-1*, AM. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266370>>. Acesso em: 02 set.2019.

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

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 19 ed., v. 1. Salvador: Juspodium, 2017.

FACCI, Lucio Picanço. Conciliação no Direito Processual Público. *Revista Dialética de Direito Processual: Novos Paradigmas e a Experiência Recente da Advocacia-Geral da União*, São Paulo, nº 106, p.91, jan.2012.

ISAAC, Giovana Aparecida Fazio. A utilização de métodos de solução de conflitos no NCPC/15 tendo como uma das partes a Fazenda Pública. O labirinto da codificação do Direito Internacional Privado. *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*, Vitória, 2017, p.501-513.

LIMA, Carlos Eduardo Dantas de Oliveira. A evolução da conciliação na Procuradoria-Geral da União. *Boletim de Direito Administrativo*, v.32, nº 3. Nova Dimensão Jurídica, mar.2016.

MADUREIRA, Cláudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. A conciliação nos juizados da Fazenda Pública. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, v.11, nº128, out.2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2006.

NUNES, Cleucio Santos. Reflexões sobre soluções democráticas de controvérsias jurídicas. *Revista de Processo*. Ano 40, nº240, Instituto Brasileiro de Direito Processual, fev.2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5ed. São Paulo: Método, 2017.

PELINGEIRO, Gabriel. As possibilidades de solução consensual de conflitos judiciais com a Administração Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 11, v.18, nº 03, set/dez de 2017.

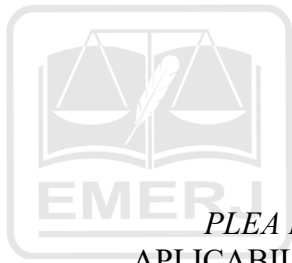
PGE-RS. *Centro de Conciliação e Mediação recebe visita da PGE-RJ*, 2018. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/centro-de-conciliacao-e-mediacao-recebe-visita-da-pge-rj>>. Acesso em: 02 set.2019.

PIETRO. Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SOARES, Marcos José Porto. A (im)possibilidade da mediação nos procedimentos especiais. *Revista de Processo*. Ano 42, nº 264, Instituto Brasileiro de Direito Processual, fev.2017.

SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público: caminho possível e adequado, com o devido respeito às peculiaridades do regime jurídico-administrativo. *Revista do Advogado*. São Paulo, v.34, nº 123, ago.2014.

VIANA, Emilio de Medeiros; VIANA, Iasna Chaves. Conciliação, mediação e a Fazenda Pública: mudanças de paradigma e entraves por superar. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito*. Curitiba, v.2, nº 2, p.21-40, jul/dez 2016.



PLEA BARGAINING COMO INSTITUTO DE JUSTIÇA NEGOCIAL E SUA
APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: PRINCÍPIO DA
EFICIÊNCIA E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Ingrid Caldas Pereira de Almeida Bastos

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

Resumo – Com a expansão do direito penal e a complexidade das relações advindas inclusive por meio do fenômeno da globalização, vive-se uma verdadeira crise no sistema penal brasileiro no qual as soluções apresentadas até então para a resolução dos conflitos, não têm se demonstrado suficientes. Por este motivo, o objetivo do presente artigo visa apresentar a *Plea bargaining* como meio de justiça negocial capaz resolver as demandas de forma eficiente, não se distanciando das garantias fundamentais que emanam da Constituição Federal, respeitando as regras do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. *Plea bargaining*. Justiça negocial. Eficiência. Garantias constitucionais.

Sumário – Introdução. 1. A Justiça negocial no ordenamento jurídico brasileiro. 2. O instituto da *Plea bargaining* como acordo criminal, sua origem e aplicabilidade no Brasil. 3. Os limites de atuação do instituto: Princípio da eficiência vs Garantias constitucionais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a crise do processo penal brasileiro e a possibilidade de aplicação do instituto da *Plea bargaining* no ordenamento jurídico pátrio como uma espécie de justiça negocial capaz de solucionar conflitos de forma célere e eficiente, observando-se as garantias constitucionais do acusado.

Por essa razão, posições doutrinárias serão abordadas de forma a se analisar a viabilidade do presente instituto como uma alternativa capaz de oferecer uma resposta tempestiva e satisfatória aos jurisdicionados, buscando uma composição entre efficientismo e garantismo no processo penal.

A *Plea bargaining* ganhou destaque ao ser sugerida pelo Projeto de Lei Anticrime criado pelo atual Ministro da Segurança e Justiça, Sérgio Moro, gerando debates acirrados

entre estudiosos e operadores do direito acerca de sua aplicabilidade no ordenamento brasileiro. Todavia, ela já é uma realidade em nosso sistema processual penal, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, que em seu artigo 98, I, autorizou a criação de juizados especiais, sendo esta o marco do modelo de justiça negocial no Brasil. Entre outros institutos de negociação consensual que serão mencionados em momento oportuno.

Tendo origem no direito americano, a premissa básica do presente instituto constitui-se de um acordo formal entre o Ministério Público e a defesa do acusado, mediante confissão, fundamentada na autonomia da vontade.

E somente após o preenchimento dos requisitos pelo acusado para participar do acordo e a verificação da legalidade e voluntariedade do ato pelo juiz, seria possível sua homologação, fixação da pena e o encerramento da persecução penal.

Inúmeras são as polêmicas envolvendo o presente tema, pois trata-se do embate do direito à liberdade do indivíduo e o direito de punir do Estado por meio de uma solução negociada que precisa estar livre de qualquer vício.

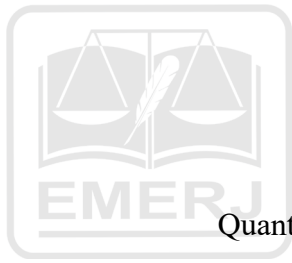
Nesse contexto, para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar uma reflexão acerca da possibilidade do instituto da *Plea bargaining* no processo penal para a solução de conflitos, sem olvidar do imperioso respeito aos cânones constitucionais.

No primeiro capítulo, busca-se demonstrar a expansão da justiça negocial no processo penal, utilizando-se institutos análogos a *Plea bargaining* na solução de conflitos, tendo em vista a crise atual do sistema penal e o elevado número de processos existentes no Brasil.

No segundo capítulo, será apresentada a origem da *Plea bargaining*, o instituto em comento propriamente dito e os projetos que visam sua implementação com o objetivo de defini-lo e esclarecer sua forma de execução no ordenamento jurídico brasileiro.

E no terceiro capítulo, se analisará os limites de sua atuação *versus* o princípio da eficiência e o devido processo legal, defendendo a possibilidade de aplicação da *Plea bargaining* como instrumento capaz de promover uma justiça processual penal mais célere, eficiente, sem afastar-se da perspectiva das garantias constitucionais.

A pesquisa é desenvolvida de forma que traga reais contribuições para a comunidade acadêmica por meio do aprofundamento do conhecimento do objeto da pesquisa, utilizando-se, para tanto, do método hipotético-dedutivo, com o fito de comprová-lo ou rejeitá-lo argumentativamente.



Quanto à abordagem, será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer de fontes bibliográficas existentes e pertinentes à temática em foco para sustentar sua tese.

1. A JUSTIÇA NEGOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em meados do século XX com o advento da globalização e desenvolvimento de novas tecnologias, as relações sociais foram se tornando cada vez mais complexas, aumentando o número da criminalidade no país. Com vistas a tutelar os novos bens jurídicos e ao argumento de dar maior segurança à coletividade, o direito penal se expandiu¹.

Políticas criminais expansivas com a tipificação de novos delitos e aplicação de penas mais duras não foram suficientes para atender às novas demandas. E como forma de gerenciar os conflitos oriundos dessas relações, buscou-se respostas jurisdicionais mais eficientes e céleres por intermédio da justiça negocial².

A sobrecarga do sistema judiciário, seja por ineficiência da máquina pública, seja pela morosidade, pelo número excessivo de processos ou pela insatisfação da resposta estatal dada aos jurisdicionados³, levaram a uma nova forma de pensar a administração da justiça criminal brasileira, reformando-a em direção a justiça negocial com a proposta de maior celeridade e eficiência às crescentes demandas judiciais.

Como marco inicial para a negociação no processo penal para os crimes de menor complexidade, tem-se no Brasil, o advento da Constituição de 1988 que, em seus artigos 98, I, c/c art. 24, X⁴, estabeleceu que os entes federativos deveriam criar juizados especiais⁵, possibilitando soluções consensuais ou dialogadas no ordenamento jurídico pátrio.

Assim surgiu o Juizado especial Civil e Criminal por meio da Lei nº 9099/95, destacando-se como importante mecanismo despenalizador com competência para

¹ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/104885/funcionalizacao_expansao_direito_suxberger.pdf>. Acesso: 19 fev. 2019.

² Ibid.

³ ANDRADE, Flávio da Silva. *A ampliação dos espaços de consenso no processo penal*. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASNFB5>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁵ CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUZA JÚNIOR, Eliezer Siqueira. *Plea bargaining nos Estados Unidos da América e os juizados especiais criminais no Brasil: uma análise de direito estrangeiro*. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rpej/article/view/2405>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

conciliação, julgamento e execução de crimes de menor potencial ofensivo, cujo a pena máxima não ultrapasse 2 anos, conforme artigos 60 e 61⁶.

Com a instituição desse novo microsistema, três institutos negociais foram criados, quais sejam: composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo. Rompendo com um padrão característico de política criminal repressora da época⁷.

Em relação à composição civil dos danos, tratando-se de ação penal privada ou pública condicionada à representação, o acordo homologado extingue a punibilidade, de acordo com art. 74, § único⁸. No entanto, não havendo a composição ou tratando-se de ação penal pública incondicionada, a lei prevê o instituto da transação penal, mediante preenchimento dos requisitos, propondo-se a aplicação imediata da pena ou multa⁹, consoante ao art.76, §2, ° ambos da Lei nº 9099/95¹⁰.

O último instituto trata-se da suspensão condicional do processo aplicado aos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano, interrompendo-se a marcha processual, se preenchidas as condições, segundo art. 89 da mencionada lei¹¹.

Por conseguinte, ritos procedimentais diversos do procedimento ordinário, baseados na justiça negocial, como a colaboração premiada em que diferentes tipos e graus são previstos na legislação brasileira¹² foram implementados em socorro a política criminal estatal atual.

A colaboração trata da possibilidade de a acusação propor um acordo ao acusado, mediante confissão, para a identificação de demais autores e provas pertinentes ao processo em troca de benefícios, a título de exemplo, têm-se a redução de pena prevista na Lei nº 9.613/98¹³.

⁶ 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: 25 mar. 2019.

⁷ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. *Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal*. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/citations?user=Fm1XsWEAAA&hl=en>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁹ CARDOSO; SOUZA JÚNIOR, op. cit., nota 5.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹¹ Ibid.

¹² NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. *A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/14542/15863>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

¹³ BRASIL, *Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

Avançando em relação às inovações trazidas pela Justiça negocial, estão os Projetos de Lei do Senado Federal nº 156 de 2009¹⁴ e nº 236 de 2012¹⁵, que preveem as reformas do Código de Processo Penal e do Código Penal, respectivamente¹⁶, pretendendo-se também introduzir uma nova forma de diversificação de ritos processuais com sumarização do procedimento e negociação entre as partes¹⁷.

Igualmente, em tramitação no Congresso Nacional temos o projeto de Lei Anticrime de autoria do Ministro Sérgio Moro que prevê o acordo de pena mais branda entre acusação e defesa, após declaração de culpa pelo acusado.

O Conselho Nacional do Ministério Público também editou uma resolução dispendo sobre a possibilidade de negociação entre o promotor de justiça e o acusado, devidamente representado por seu advogado ou defensor público, visando a não persecução penal, mediante confissão.

Ademais, o próprio Código de Processo Penal em seus artigos 521 e 522 prevê a possibilidade de reconciliação de querelante e querelado em audiência para tal fim¹⁸.

Nesse sentido, Vasconcellos,¹⁹ pontua que:

[...] pensa-se que a justiça consensual (ou negocial) é o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.

Impende salientar, que todos os institutos apresentados como justiça negocial se assemelham à *Plea bargaining* estadunidense, e, portanto, derivados da *common law*, suscitando inúmeras discussões doutrinárias a respeito de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, sua compatibilidade com as garantias fundamentais do acusado. Discussão que será retomada mais adiante.

¹⁴BRASIL, *Projeto 156 de 2009, que institui o novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas e por indígenas*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194931/000871242.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

¹⁵BRASIL, *Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404/pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

¹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal*. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8392/0>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

¹⁷ SUXBERGER; GOMES FILHO, op. cit., nota 1.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ VASCONCELLOS apud FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros. *O sistema de justiça negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira*. Disponível em: <<http://seer.ufms.br/index.php/revdir/article/view/5919>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

No entanto, incontroverso é que, diante das inúmeras dificuldades enfrentadas pelo sistema judiciário criminal brasileiro, a justiça negocial tornou-se instrumento presente e legítimo à resolução de conflitos, em que se busca garantir os direitos dos cidadãos e o bem da coletividade por meio de uma resposta estatal mais justa²⁰.

2. O INSTITUTO DA PLEA BARGAINING COMO ACORDO CRIMINAL, SUA ORIGEM E APLICABILIDADE NO BRASIL.

Para entender o instituto da *Plea bargaining* faz-se necessário conhecer a tradição jurídica que o abriga, qual seja, a *common law*, baseada no direito consuetudinário e na decisão dos tribunais.

O sistema de justiça norte-americano, originário da Inglaterra e do próprio EUA, filiado à tradição em cometo, preceitua que a decisão a ser tomada em um caso é determinada pelos precedentes, ou seja, a aplicação do direito é feita com base em casos solucionados anteriormente e não por meio de diplomas legais.

Nesse contexto, após a II Guerra Mundial com o aumento significativo do número de jovens, crescente imigração, acentuada prática de crimes e o desenvolvimento das profissões jurídicas nos EUA, o instituto da *Plea bargaining* surgiu como um mecanismo capaz de solucionar de forma célere e eficaz processos de natureza criminal²¹.

Nessa política criminal de solução de conflitos, admite-se que o caso seja encerrado por meio de acordos entre os envolvidos. Os acordos são legítimos porque o contraditório, ainda que previsto em lei, deve ser reservado apenas aos casos em que defesa e acusação não sejam capazes de estabelecer um consenso sobre a verdade dos fatos²².

A base da negociação que constitui a *Plea bargaining* vem por meio da declaração de culpabilidade pelo acusado, uma barganha que se fundamenta na confissão (*guilty plea*). Ela se divide em negociação sobre a imputação de um delito mais grave originalmente para um delito menos grave (*charge bargaining*) e negociação sobre possíveis benefícios durante a aplicação da pena e demais consequências do crime (*sentence bargaining*) ou negociação

²⁰ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2019.

²¹HON, Phillip Rapoza. *A experiência Americana do Plea Bargaining: a exceção transformada em regra*. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/207-220-Plea-bargaining.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

²²FERNANDES, Antônio Scarance. *Teoria geral do procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.



mista (*charge bargaining e sentence bargaining*). O ordenamento jurídico brasileiro tem caminhado em direção a essa terceira via²³.

Repisa-se que, a *Plea bargaining* nada mais é do que um método de solução de conflitos em que a acusação propõe um acordo de redução da acusação ou da sanção a ser aplicada na sentença ao acusado, e este, mediante confissão, poderá aceitá-lo ou não.

Com efeito, cabe ressaltar que a justiça negocial no Brasil não é a regra, pois deriva-se de um modelo de justiça criminal conflituoso da *civil law*, baseado em produção e valorização legislativa para a aplicação no caso em concreto, oriundo do direito francês.

Todavia, devido a um quadro em que se convencionou chamar de crise do sistema penal, diante das novas demandas da sociedade, do quadro expansionista do direito penal e da utilização de um modelo processual penal da década de 40 extremamente burocrático, a aplicação de meios de consenso como solução alternativa, tornou-se medida válida e necessária a resolução de conflitos.

Na busca por respostas penais eficientes e inspirados no modelo norte-americano da *Plea bargaining*, diversos ordenamentos jurídicos têm adotado soluções inovadoras em atendimento aos anseios da sociedade. Assim, na Itália vamos encontrar o instituto do patteggiamento; em Portugal, a “suspensão do processo”; na Espanha, a “conformidade”²⁴; na Argentina, os procedimentos abreviados e na Alemanha, o *absprachen*.

O ordenamento jurídico brasileiro, embora ainda possua um sistema de política criminal punitivista, em que se acredita na efetividade das normas penais por meio do aumento de pena para combater os problemas advindos da criminalidade²⁵, não se pode olvidar do quão significativo é a influência do direito estrangeiro na busca por soluções jurídicas consensuais a problemas que são comuns aos países, uma vez que, apenas o castigo não tem impedido o crescimento constante de delitos.

Nessa toada, fundamentada na intervenção mínima do Direito Penal, a justiça criminal consensual afasta-se da visão de repressão e volta-se para soluções alternativas de resolução de contendas.

²³ GOMES, Luiz Flávio. *25 anos depois, Direito Penal 3.0*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6029-25-anos-depois-Direito-Penal-30>. Acesso em: 26 fev. 2019.

²⁴ FONTES, Lucas Cavalheiro. *Plea bargain: o que é isto, como é aplicado e como o ordenamento jurídico brasileiro pode implementá-lo?* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72872/plea-bargain-o-que-e-isto-como-e-aplicado-e-como-o-ordenamento-juridico-brasileiro-pode-implementa-lo/2>>. Acesso em: 02 set. 2019.

²⁵ CARDOSO; SOUZA JÚNIOR, op. cit., nota 9.

Certo é que, tendo em vista o atual cenário, vem sendo debatido no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8.045, de 2010²⁶, oriundo do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009²⁷ em que se prevê no art. 286, um procedimento denominado sumário, no qual, até o início da audiência de instrução, há a possibilidade de o Ministério Público e o acusado, por meio de seu defensor, requererem o julgamento antecipado de mérito e a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos. Nessa hipótese, o investigado confessa os fatos que lhes são imputados e renuncia ao direito de interpor recurso contra a sentença.

No mesmo sentido, o Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012²⁸ que institui o novo Código Penal, preconiza em seu art. 105 que recebida a denúncia ou queixa, o advogado ou defensor e o Ministério Público ou querelante, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes do julgamento, importando a confissão da culpa por parte do acusado, que, em contrapartida será beneficiado com a pena mínima a ser cumprida em regime aberto ou semiaberto²⁹.

A proposta mais recente de introdução da *Plea bargaining* no ordenamento jurídico brasileiro, foi introduzida por meio do Pacote de Lei Anticrime, elaborada pelo então Ministro da Justiça, Sérgio Moro.

O pacote prevê o artigo 395-A ao Código de Processo Penal e este estabelece que após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público e o acusado, assistido por seu defensor, poderiam requerer mediante acordo penal com confissão, a aplicação imediata da pena.

Semelhante à *Plea bargaining* descrita acima, também prenuncia o pacote, no art. 28-A a ser introduzido igualmente no Código de Processo Penal, um acordo de não persecução penal que seria proposto pelo Ministério Público ao acusado, devidamente assistido, que cometesse infração com pena máxima de 4 (quatro) anos, sem violência ou grave ameaça, mediante confissão.

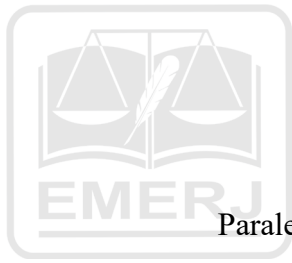
Entretanto, no dia 06 de agosto de 2019, por 8 (oito) votos a 3 (três), o grupo de trabalho da Câmara dos deputados rejeitou a proposta de inclusão do art. 395-A ao Código de Processo Penal, mantendo apenas o acordo previsto no art. 28-A.

²⁶BRASIL, *Projeto de Lei do Senado nº 8.045 de 2010*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 02 set. 2019.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁸BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁹WAGNER, Daniel R. *O modelo do plea bargaining*. Disponível em: <<https://bigdaniel.jusbrasil.com.br/artigos/693203012/o-modelo-do-plea-bargaining>>. Acesso em: 02 set. 2019.



Paralelamente à discussão na Câmara, o Senado também analisa o pacote apresentado por Moro, pois o objetivo da proposta é descongestionar o Judiciário, que poderia se dedicar, então, a crimes mais graves.

Em todas essas modalidades de justiça consensual apresentadas, presente está a negociação com o acusado, o qual pode confessar o crime perante as autoridades em troca de não se submeter ao processo judicial mais demorado, e assim, receber uma pena mais branda, reduzindo custos, dificultando a ocorrência de prescrição e, mais importante, deixando para o juiz criminal apenas a instrução dos casos mais complexos, tornando a decisão final com melhor qualidade³⁰.

Todavia, para que haja validade na negociação, são requisitos básicos: a capacidade de compreensão e determinação do acusado, a declaração ou confissão informada, ou seja, o acusado deve ser informado previamente sobre seus direitos, sobretudo o de poder não aceitar a negociação, a declaração ou confissão voluntária em que nenhum tipo de coação ou ameaça se permite e a existência de base fática que possa derrubar a presunção de inocência, entre outros³¹.

Em nenhuma circunstância o réu é obrigado a aderir, e qualquer indício de ilegalidade, o ato será nulo. O advogado ou defensor público possuem o dever jurídico de verificarem os termos em que são feitas as propostas e a liberdade de decisão do acusado. E em não havendo sua concordância, segue-se o devido processo legal.

Tudo o que for negociado deve passar pelo crivo do judiciário. Não tendo o juiz papel apenas homologatório, pois deve o mesmo verificar se todos os requisitos foram preenchidos, a voluntariedade da manifestação de vontade, a certeza de que existem provas mínimas contra o acusado, a não abusividade ou excesso do Ministério Público, a efetividade da assistência jurídica prestada. E em caso de não haver legalidade, legitimidade, razoabilidade ou constitucionalidade do acordo, não homologará fundamentadamente.

3. OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO INSTITUTO: PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA VS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

Duras críticas têm sido feitas ao *Plea bargaining* americano e à sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro ao argumento de uma possível (in)observância das garantias

³⁰PRADO, Rodolfo Macedo. *A chegada do plea bargaining ao Brasil*. Disponível em: <<https://consultorpenal.com.br/plea-bargaining-brasil/>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

³¹GOMES, op.cit., nota 26.

constitucionais do acusado em troca de um processo penal mais célere e eficiente, todavia, algumas questões devem ser pontuadas.

No Brasil, a atividade jurisdicional se desenvolve visando a descoberta da verdade real e, em última análise, a aplicação da sanção àquele que praticou o fato típico, ilícito e culpável, presente na norma penal incriminadora por meio do processo³².

Sendo inegável que o processo penal possui duas finalidades, quais sejam, garantir o direito de ação ao indivíduo e limitar o poder punitivo do Estado que se contrapõe ao *jus libertatis* do cidadão³³.

Isto posto, não se pode ignorar que para que o processo se desenvolva regularmente e de forma legítima, é necessário que ele observe uma série de garantias, pois são essas, derivadas de um Estado democrático de direito que visa a aplicação de um processo justo³⁴.

Ada Pellegrini Grinover, sem negar as finalidades do processo, afirma que ele é o meio eficaz para a célere e justa distribuição da justiça, através de procedimentos adequados que atendam à natureza da controvérsia subjacente³⁵.

Nessa seara, a Constituição da República prevê expressamente em seu texto, a garantia do devido processo legal com o objetivo de o processo satisfazer a pretensão punitiva do Estado, limitando-o para que não cometa excessos, assegurando os direitos fundamentais do indivíduo por meio de procedimentos adequados, buscando uma resposta penal justa.

No entanto, o atual cenário é de crescente tipificação e consequente sancionamento de crimes que continuam se expandindo³⁶ com uma patológica duração do processo, escassez de recursos materiais, risco de prescrição da punibilidade, efeito nocivo do tempo na produção de provas e a ausência de uma resposta jurisdicional apropriada, fazendo com que a vítima não tenha seus direitos efetivados, trazendo uma enorme insegurança jurídica ao acusado, prejudicando os interesses do Estado e da própria sociedade que não mais vê a justiça penal como apta a prevenir a criminalidade.

A *Plea bargaining* surge como justiça negocial capaz de dar uma resposta eficiente aos jurisdicionados e à sociedade com resultados mais justos, entendendo que a administração

³² DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A colaboração premiada e a lei das organizações criminosas*. Disponível em: <www.esmp.sp.gov.br/index.php/RJESMPSP/article/download>. Acesso em: 30 ago. 2019.

³³ Ibid.

³⁴ GABRIEL, Anderson de Paiva; LIMA, Larissa Pinho de Alencar. *O plea bargaining: contribuições para a Justiça Criminal brasileira*. Uma análise do sistema de justiça americano. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/o-plea-bargaining-contribuicoes-para-a-justica-criminal-brasileira-07012019>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Procedimentos sumários em Matéria Penal. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. *Justiça Penal: crimes hediondos, erro em direito penal e juizados especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 11-12.

³⁶ HON, op. cit., nota 21.



funcional da justiça também é um importante valor a ser perseguido num Estado democrático de direito.

No que se refere a administração funcional da justiça, alguns equívocos precisam ser esclarecidos no tocante a eficácia e eficiência no processo penal.

Antonio Scarance Fernandes³⁷ apregoa que, na administração, a ideia de eficiência liga-se ao bom uso dos meios ou recursos disponíveis, para se atingir um determinado resultado, previamente desejado, enquanto a eficácia prende-se ao atingimento de determinados fins. Esclarece o autor que eficiência e eficácia são caminhos necessários na busca da efetividade, ou seja, o resultado verdadeiro, concreto e empírico.

No âmbito do sistema penal e de acordo com as finalidades do processo, a eficácia e a eficiência são identificáveis como direitos e garantias dentro de um processo justo e a limitação do poder estatal contra possíveis abusos. Buscando a efetividade alcançar a preservação dignidade da pessoa humana, a manutenção do estado democrático de direito, a ressocialização do indivíduo e a paz social³⁸.

Em 1998, por meio da emenda constitucional de nº 19,³⁹ foi introduzido na Constituição Federal, o princípio da eficiência com vistas a desburocratizar e acelerar o andamento dos processos, sem abrir mão das garantias previstas constitucionalmente.

É responsabilidade do Poder Público tornar as garantias previstas constitucionalmente efetivas, buscando um processo penal democrático, justo, resguardando o cidadão de eventuais arbitrariedades⁴⁰.

Nessa toada, unindo-se aos direitos e garantias fundamentais, a *Plea bargaining* tem como pressuposto a observância da duração razoável do processo, princípio este previsto na Constituição da República e derivado do devido processo legal que visa acelerar a resolução dos conflitos, uma vez que a lentidão dos processos os torna injustos.

O instituto se instrumentaliza por meio de procedimentos abreviados no âmbito da pequena e média criminalidade, utilizando-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade do que for acordado, nas dimensões proibição do excesso e insuficiência da medida.

³⁷ Nesse sentido: FERNANDES, Anônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Galvão de, MORAES, Mauricio Zanoide de. Reflexões sobre as noções de eficiência e garantismo no processo penal. In: ____ *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e Garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

³⁸ DEMERCIAN, op. cit., nota 36.

³⁹ BRASIL, *Emenda constitucional nº 19*, de 04 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 30 ago. 2019.

⁴⁰ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. A efetividade dos direitos fundamentais no processo penal. *Direito e Justiça*, Rio Grande do Sul. vol. 37, nº 1, p. 5-11, jan/jun. 2011.

Ante ao exposto, quanto ao princípio da proporcionalidade, as lições de José dos Santos Carvalho Filho⁴¹, asseveram que:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.

A *Plea bargaining* também é evidenciada pelas garantias da ampla defesa e o contraditório em sua vertente participativa, onde o acusado descreve os fatos e a presença do defensor ou advogado é indispensável à negociação. Podendo prosseguir pelo procedimento ordinário, caso assim decida, pois o princípio da voluntariedade está presente.

A intervenção do juiz na fase homologatória visa salvaguardar a liberdade do indivíduo e a legalidade do que foi acordado, pois a atuação do Ministério Público possui limites, não se abrindo mão de nenhum tipo de fiscalização.

A própria judicialização do acordo e a individualização da pena são garantias, sendo necessário que a atividade jurisdicional seja eficiente, visto que, por meio dela, busca-se o bom desempenho da função pública, tendo como consequência uma resposta estatal satisfatória.

Como dito, ao Estado incumbe garantir os direitos dos indivíduos, igualmente, cabe a ele promover o bem da coletividade por meio da eficiência, garantindo a justiça⁴². Sendo perfeitamente possível a compatibilização do instituto da *Plea bargaining* com as garantias constitucionais do acusado.

Existe uma falsa premissa de que o consenso e as garantias constitucionais são necessariamente polos opostos. Entretanto, eles podem conviver harmonicamente dentro de certos limites e peculiaridades, desburocratizando o sistema, corroborando ao respeito à dignidade da pessoa humana e buscando a pacificação social.

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 43/44.

⁴² CAMPOS, op. cit., nota 20.



É notória a atual crise do sistema penal em um ambiente crescente de criminalidade, diminuição da eficácia intimidatória da sanção e excessiva duração do processo, levando a opinião pública a experimentar uma sensação de impunidade e injustiça frente à ausência de uma resposta estatal eficiente.

Na busca por soluções alternativas, a justiça negocial surgiu como novo instrumento de política criminal que contribui para que o direito penal atinja algumas de suas finalidades, quais sejam, a justiça por meio da solução adequada das demandas em tempo hábil e a credibilidade da população na prestação da tutela jurisdicional.

Os institutos próprios dessa justiça penal negocial que surgiram a partir da instituição dos Juizados especiais, como a conciliação, a transação, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada são compatíveis com os princípios constitucionais e tornaram-se importantes instrumentos para a resolução de conflitos de forma célere, permitindo que o Estado direcione mais energia aos comportamentos mais graves.

Pensando numa nova forma de administração de justiça criminal e rendendo-se a uma nova tendência que já faz parte da realidade de alguns países da Europa, o Brasil vem adotando o instituto da *Plea bargaining*, simplificando procedimentos sem abrir mão de valores penais e processuais.

Numa perspectiva mais ousada, os projetos de reforma do Código de Processo Penal, do Código Penal, o Projeto de Lei Anticrime e a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, trouxeram a possibilidade de acordo entre acusação e defesa para imposição antecipada de uma sanção penal que se compatibiliza ao processo penal de um Estado Democrático de Direito.

Embora soluções como esta tragam à tona discussões acerca das diferenças entre a *common law* e a *civil law*, necessária se faz a aproximação para que deficiências na resolução de conflitos sejam sanadas, de forma a reprimir e a prevenir novos crimes.

A *Plea bargaining* ou barganha, apesar de possuir a exigência do reconhecimento de culpa pelo acusado, não é homologado sem o respectivo controle de legalidade pelo Poder Judiciário, sem a voluntariedade do investigado e há a necessidade do patrocínio do advogado ou defensor em todos os termos da persecução penal, havendo um controle de eventuais excessos.

É importante perceber que já houve a ruptura com o tradicional processo penal extremante burocratizado, abrindo espaço para o diálogo e o consenso, trazendo novas formas

de soluções de conflitos. Inclusive proporcionando benefícios para o acusado, havendo a possibilidade de mitigação de condenações mais duras, permitindo certo grau de indulgência, convergindo-se com as balizas constitucionais da intervenção penal do Estado.

Por fim, é possível afirmar a possibilidade de convivência do princípio da eficiência com os cânones constitucionais quando o Estado renuncia parte de seu *jus puniendi* e aplica o instituto da *Plea bargaining* para solucionar casos de menor complexidade, observando o princípio da duração razoável do processo e a espontaneidade de participação do acusado.

Não se considerando justiça eficiente àquela que possui a pena mais dura ou a que mais condena, mas sim, aquela capaz de ser tão somente justa, pois, de acordo com a célebre frase do imortal jurisconsulto brasileiro, Rui Barbosa: “A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. *A ampliação dos espaços de consenso no processo penal*. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASNFB5>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, 1921. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____, *Emenda constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 30 ago. 2019.

_____, *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____, *Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____, *Projeto 156 de 2009, que institui o novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas e por indígenas*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194931/000871242.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____, *Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404/pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.



_____, *Projeto de Lei do Senado nº 8.045 de 2010*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 02 set. 2019.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUZA JÚNIOR, Eliezer Siqueira. *Plea bargaining nos Estados Unidos da América e os juizados especiais criminais no Brasil: uma análise de direito estrangeiro*. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rpej/article/view/2405>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2019.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A colaboração premiada e a lei das organizações criminosas*. Disponível em: <www.esmp.sp.gov.br/index.php/RJESMPSP/article/download>. Acesso em: 30 ago. 2019.

FERNANDES, Anônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Galvão de, MORAES, Maurício Zanoide de. Reflexões sobre as noções de eficiência e garantismo no processo penal. In: _____. *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e Garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Teoria geral do procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FONTES, Lucas Cavalheiro. *Plea bargain: o que é isto, como é aplicado e como o ordenamento jurídico brasileiro pode implementá-lo?* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72872/plea-bargain-o-que-e-isto-como-e-aplicado-e-como-o-ordenamento-juridico-brasileiro-pode-implementa-lo/2>>. Acesso em: 02 set. 2019.

GABRIEL, Anderson de Paiva; LIMA, Larissa Pinho de Alencar. *O plea bargaining: contribuições para a Justiça Criminal brasileira. Uma análise do sistema de justiça americano*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/o-plea-bargaining-contribuicoes-para-a-justica-criminal-brasileira-07012019>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. *Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal*. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8392/0>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. *25 anos depois, Direito Penal 3.0*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6029-25-anos-depois-Direito-Penal-30>. Acesso em: 26 fev. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrin. Procedimentos sumários em Matéria Penal. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. *Justiça Penal: crimes hediondos, erro em direito penal e juizados especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

HON, Phillip Rapoza. *A experiência Americana do Plea Bargaining: a exceção transformada em regra*. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/207-220-Plea-bargaining.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. *A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law*. Disponível em:<<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/14542/15863>>. Acesso em: 26 fev.2019.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. A efetividade dos direitos fundamentais no processo penal. *Direito e Justiça*, Rio Grande do Sul. vol. 37, nº 1, p. 5-11, jan/jun. 2011.

PRADO, Rodolfo Macedo. *A chegada do plea bargaining ao Brasil*. Disponível em: <<https://consultorpenal.com.br/plea-bargaining-brasil/>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/104885/funcionalizacao_expansao_direito_suxberger.pdf>. Acesso: 19 fev. 2019.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. *Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal*. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/citations?user=Fm1XsWEAAAAJ&hl=en>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros. *O sistema de justiça negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira*. Disponível em: <<http://seer.ufms.br/index.php/revdir/article/view/5919>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

WAGNER, Daniel R. *O modelo do plea bargaining*. Disponível em: <<https://bigdaniel.jusbrasil.com.br/artigos/693203012/o-modelo-do-plea-bargaining>>. Acesso em: 02 set. 2019.



A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA INAPTIDÃO TEMPORÁRIA DE HOMENS HOMOSSEXUAIS À DOAÇÃO DE SANGUE

Isabella de Castro Silva

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá de Nova Friburgo. Advogada.

Resumo – O presente artigo analisa as vedações encampadas pela Anvisa e pelo Ministério Saúde que consideram inaptos, temporariamente, à doação de sangue, homens homossexuais com base no critério da orientação de gênero. Para tanto, confrontaram-se as proibições em questão com os preceitos constitucionais vigentes, conferindo-se especial atenção aos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. O artigo também suscita os impactos sociais e jurídicos dos preceitos normativos proibitivos, que além de contribuir com a disseminação de preconceitos, corroboram com a escassez de sangue nos bancos de hemocentros do país. Foram levados em consideração, ainda, os recentes entendimentos dos Tribunais Superiores acerca de questões de orientação de gênero, assim, denotando a inconstitucionalidade da vedação em vigor.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Inaptidão. Doação de Sangue. Homossexuais.

Sumário – Introdução. 1. Da proibição encampada pela Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e RDC nº 34/2014 da ANVISA. 2. Dos impactos jurídicos e sociais da proibição fundada na orientação sexual. 3. Da inconstitucionalidade da restrição à doação face aos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a proibição de doação de sangue por homens homossexuais exarada no artigo 64, IV da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde assim como na Resolução nº 34/2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que dispõem que indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo estão temporariamente, pelo período de 12 meses após a prática sexual, inaptos para a doação de sangue.

Essa restrição parece temporária, todavia quando se tratar de indivíduo do sexo masculino homossexual, com vida sexual ativa, a temporariedade da vedação à doação de sangue passará, obviamente, a ser definitiva, consubstanciando vedação permanente.

Desta feita é preciso analisar até que ponto se pode dizer que as vedações impostas são razoáveis, ou seja, são dotadas de amparo fático e legal. E por que não aplicar as mesmas regras previstas para o indivíduo heterossexual?

A questão é juridicamente controvertida, e possui ampla repercussão social a medida que a doação de sangue é um procedimento simples, mas essencial para o tratamento

ambulatorial. E notícias de que bancos de sangue apresentam baixos níveis nos estoques já são lugar comum na mídia. Deste nodo, no viés normativo, uma das possíveis causas da falta de doadores de sangue esbarra nesta vedação,

Por tal razão, é preciso repensar à constitucionalidade e eficácia desta restrição sob a vertente dos princípios da Dignidade Humana e da Igualdade, constitucionalmente assegurados a todo e qualquer indivíduo, independente da orientação sexual, buscando-se abandonar a análise fundada mera orientação sexual do doador.

Desta forma, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a proibição encampada pela Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e RDC nº 34/2014 da ANVISA e seus fundamentos fáticos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, os impactos jurídicos e sociais da proibição fundada na orientação sexual do indivíduo. Busca-se demonstrar que a norma corrobora para segregação de minorias e a disseminação de preconceitos, contribuindo para escassez de sangue nos bancos dos hemocentros brasileiros, ao restringir de sobremaneira a doação de sangue por homens homossexuais.

O terceiro capítulo demonstra a inconstitucionalidade da restrição à doação face aos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade. Aborda ainda, o caráter inconstitucional da norma, enquanto violadora de direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal.

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

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

1. DA PROIBIÇÃO ENCAMPADA PELA PORTARIA Nº 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E RDC Nº 34/2014 DA ANVISA

A doação de sangue é um procedimento simples, por meio do qual um doador voluntário tem seu sangue coletado para armazenamento em um banco de sangue ou hemocentro para um uso subsequente ou imediato em um procedimento médico que dele dependa. Pode ser considerado um procedimento simples uma vez que não causa prejuízos ao



organismo do doador, é realizado em poucas horas e o organismo consegue recompor o estoque perdido naturalmente com mero decorrer do tempo.

O Ministério da Saúde assim destaca a importância desse procedimento:

A doação de sangue é um ato altruísta e totalmente voluntário, que pode salvar vidas. Dependem desse ato solidário pessoas que se submetem a tratamentos planejados e intervenções médicas urgentes de grande porte e complexidade, como transfusões, transplantes e procedimentos oncológicos. O sangue é imprescindível também para que pacientes com doenças crônicas graves - como Doença Falciforme e Talassemia - possam viver por mais tempo e com mais qualidade, além de ser de vital importância para tratar feridos em situações de emergência ou calamidades.¹

É possível verificar que se trata de ato essencial para o tratamento ambulatorial, de modo que a baixa no estoque de sangue em um hospital gera impactos negativos na saúde pública o que repercute, então, diretamente no direito à vida (artigo 5º da CRFB/88)² e na promoção da saúde (artigo 6º da CRFB/88).³

Vale ressaltar no entanto que, embora o ato de doar sangue consista em procedimento de pouca complexidade médica, ele demanda cuidados pormenorizados haja vista a possibilidade de contaminação através da transfusão sanguínea, visto que ocorrerá a inserção de material sanguíneo de um indivíduo em outro(s).

É possível, por tal procedimento, que sejam transmitidas doenças como a Malária, Hepatite B e C, Aids, Sífilis, câncer no sangue (Linfoma, Doença de Hodgkin's ou Leucemia), Doença de Chagas, entre outras.

Por esse motivo, é necessário estabelecer um controle rígido acerca do procedimento de doação, a fim de impedir a propagação de doenças e contaminação do receptor.

No Brasil, essa regulamentação ficou a cargo do Ministério da Saúde, órgão do governo federal responsável pela promoção, proteção e recuperação da saúde da população, que busca reduzir as enfermidades, controlar as doenças endêmicas e parasitárias e melhorar a vigilância à saúde.

Além disso, também são expedidas normas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, uma vez que se trata de agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde, que também tem por finalidade promover a proteção da saúde da população.

¹MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Doação de sangue: requisitos, quem pode doar e vantagens*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-sangue>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_220_.asp>. Acesso em: 08 abr. 2019.

³ Ibidem.

Neste sentido, a Portaria nº 158 de 2016 do Ministério da Saúde⁴ e a Resolução nº 34 de 2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária⁵, vieram tratando de requisitos e parâmetros para o desenvolvimento da hemoterapia no Brasil.

Dentre as previsões constantes nos diplomas em comento, frisam-se os critérios que estão previstos para que o indivíduo seja considerado apto para realizar a doação de sangue.

É possível observar limites mínimos e máximos de idade, restrições quanto ao peso mínimo do doador, a frequência que deve ser observada entre doações por uma mesma pessoa, se o indivíduo possui alguma doença transmissível por via sanguínea, a colocação e piercings e tatuagens recentes, se o indivíduo possui multiplicidade de parceiros sexuais, entre outros.

Destaca-se que a maior parte das restrições impostas pelas normativas aplicam-se indiscriminadamente a qualquer indivíduo, independente da orientação sexual do doador, com exceção de dois dispositivos.

O artigo 25, inciso XXX, d, da portaria em análise⁶, e o artigo 64, IV, da resolução da Anvisa⁷, preconizam que indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo estão temporariamente, pelo período de 12 meses após a prática sexual, inaptos para a doação de sangue.

Embora aparente ter caráter temporário, a restrição em questão pode vedar o exercício da doação de forma permanente. Isso, porque para os indivíduos quem mantêm relacionamentos à longo prazo, ou ao menos vida sexual ativa, a vedação acabaria se perpetuando no tempo, tornando-a definitiva.

Por outro lado, o indivíduo do sexo masculino que mantém relação sexual com pessoa do outro sexo, ou seja, aqueles que possuam orientação heterossexual, poderão normalmente doar sangue ainda que tenham tido relações nos últimos doze meses, trazendo a norma, portanto, tratamento diferenciado.

Segundo nota expedida pelo Ministério da Saúde em 2006 a inclusão de critérios que impedem a doação de sangue por homens homossexuais teve seu início em 1983, nos EUA,

⁴BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 158/2016*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html> Acesso em: 08 abr. 2019.

⁵BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução nº 34/2014*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867975/%281%29RDC_34_2014_COMP.pdf/ddd1d629-50a5-4c5b-a3e0-db9ab782f44a> Acesso em: 08 abr. 2019.

⁶BRASIL, op. cit., nota 4.

⁷BRASIL, op. cit., nota 5.

por se considerar, na época, que sexo entre homens era um importante modo de transmissão do HIV⁸, premissa essa que acabou se refletindo na legislação até a presente data.

Quando surgiu no Brasil, em 1993, essa vedação era permanente, consoante se extrai da Portaria 1.366 do Ministério da Saúde.⁹ Observa-se que refletia um momento social pós ditatorial, em que os direitos inerentes a igualdade e liberdade encontravam-se manifestamente sensibilizados.

Por óbvio, a liberdade sexual e de gênero também não eram bem acolhidas pelo ordenamento jurídico e pela sociedade. E o fato de a AIDS, objeto da preocupação mundial à época, acometer principalmente homens homossexuais adultos contribuiu para essa estigmatização.

Mas o que mais chama atenção é que as resoluções hoje vigentes reproduzam esse conteúdo fundado na orientação de gênero do indivíduo, em um momento jurídico em que a liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana são balizadores fundamentais do direito.

Os órgãos responsáveis pelas normativas repetem o argumento de que a proibição teria por base o perfil epidemiológico dos grupos, ou seja, ainda hoje argumentam que há aumento do risco de infecção em circunstâncias envolvendo homens homossexuais independente do seu comportamento.

Desse modo, o que em verdade se observa, é que se trata de vedação que não se funda em um perfil de risco, ou seja, em um comportamento de risco por parte do pretenso doador. Configura verdadeira escolha de um grupo de risco, uma vez que estamos diante de vedação absoluta e irrestrita, que se impõe a todos os homossexuais sexualmente ativos, independente da adoção de comportamentos preventivos e capazes de afastar o risco de contaminação com doenças transmissíveis pela via sanguínea.

Nesta toada, a vedação discrimina de forma generalizada um grupo de pessoas que não estariam aptas para doação sanguínea com fundamento exclusivamente em sua orientação sexual, e não em seu comportamento. Por tal razão, é imperioso confrontar essa vedação face a Constituição Federal hoje vigente, às informações médicas existentes e diante da realidade social que nos cerca.

⁸BRASIL. Ministério da Saúde. *Nota Técnica n° 163/2006*. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/legislacao/2006/outras_notas/nota_tecnica_163_sobre_doacao_sangue_gays_hsh_pdf_28365.pdf> Acesso em: 08 abr. 2019.

⁹BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n° 1.366/1993*. Disponível em: <sna.saude.gov.br/legisla/legisla/hemo/G_M_P1376_93hemo.doc> Acesso em: 08 abr. 2019.

2. DOS IMPACTOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA PROIBIÇÃO FUNDADA NA ORIENTAÇÃO SEXUAL

Como visto no capítulo anterior, fato é que o cenário hoje vigente encampa uma proibição envolvendo critérios fundados na escolha de um grupo de risco, independente das posturas preventivas que se adote, fundado, exclusivamente na orientação sexual do pretenso doador.

Nesse sentido, embora se reconheça que devam ser estabelecidos parâmetros e regramentos para o procedimento de doação de sangue, diante dos riscos de contaminação do receptor por inúmeras doenças, o que se questiona é a validade do critério genérico estabelecido com base na orientação homossexual para indivíduos do sexo masculino.

Isso porque o que se observa hoje é que tal restrição contribui, em verdade, para segregação e estigmatização de homens homossexuais, uma vez que o cenário social e jurídico vigente é diverso do que originou a proibição.

Quando estabelecido, o objetivo de tal proibição era que fossem minimizados os riscos de transmissão de doenças, especialmente, em relação a infecção do Vírus da Imunodeficiência Humana - HIV, causador da AIDS, que durante anos foi associado basicamente a orientação homossexual.

Porém, houve uma grande evolução tecnológica e científica na área da saúde que permitiu um conhecimento mais aprofundado acerca dessa enfermidade, sabendo-se hoje, que estas atingem não somente pessoas com orientação homossexual, podendo ter diferentes origens.

O Ministério da Saúde esclarece que a transmissão do HIV pode ocorrer por meio do uso de seringas compartilhadas, uso de instrumentos que furam ou cortam não esterilizados, da mãe infectada para seu filho durante a gravidez, parto e amamentação, além da relação íntima por meio vaginal, oral e anal.¹⁰

Observa-se que nenhuma das formas de contágio decorre de prática exclusiva de homens homossexuais, razão pela qual a utilização de critério distintivo em relação somente a estes se mostra incompatível com as informações que hoje se tem acerca desse vírus.

Inclusive, de acordo com o Boletim Epidemiológico da AIDS no Brasil,¹¹ verifica-se que no ano de 2015, observou-se uma inversão nos casos de transmissão, sendo a maior

¹⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *HIV: o que é, causas, sintomas, diagnóstico, tratamento e prevenção*. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/aids-hiv>> Acesso em 28 ago 2019.

¹¹ Idem. *Boletim Epidemiológico, HIV/AIDS 2015*. Brasília, 2015, p.34.

porcentagem de casos noticiado em indivíduos heterossexuais.

Segundo o referido boletim, os casos de indivíduos heterossexuais contaminados correspondiam a cerca de 49,9 % (quarenta e nove vírgula nove por cento) dos casos notificados, enquanto cerca de 45,7 % (quarenta e cinco por cento) dos casos noticiados correspondiam aos indivíduos com orientação sexual diversa, sendo 8,9% (oito vírgula nove por cento) quanto aos indivíduos que se declaram bissexuais e 36,8 (trinta e seis vírgula oito por cento) quanto aos indivíduos que declararam ter orientação homossexual.¹²

Fica evidente, portanto, que o contágio pelo vírus HIV, independe da orientação sexual, demonstrando que a permanência da vedação denota claro aspecto preconceituoso e discriminatório da norma, uma vez que se deve levar em consideração o efetivo comportamento sexual de cada indivíduo, não sua orientação sexual.

Neste sentido, verifica-se que a proibição não encontra amparo científico servindo, de fato, como verdadeira normativa que contribuiu para segregação das minorias, bem como com a disseminação de preconceitos, uma vez que continua a partir do precipitado pressuposto de que homens de orientação homossexual não possuem uma vida sexual saudável, taxando-os como potenciais portadores de doenças transmissíveis por via sanguínea.

Tal fato, tem o condão de estigmatizar o indivíduo com orientação homossexual, a medida que parte da ideia de que estes indivíduos, se sexualmente ativos, não disporiam das mesmas condições de saúde que o restante da sociedade, o que não pode ser faticamente e cientificamente justificável atualmente, visto que se sabe que o contágio pelo HIV não se restringe aos homens homossexuais.

Neste caso, a orientação sexual passa a servir como fundamento genérico para criar impedimentos ao exercício de atos, para os quais o rigor é diferenciado sem qualquer justificativa plausível.

No aspecto social, além de contribuir com a disseminação do preconceito, ao voltar um olhar diferenciado homens homossexuais, a proibição também colabora para escassez de sangue nos bancos dos hemocentros brasileiros, ao restringir, de sobremaneira a doação de sangue.

No Brasil, apenas 1,6% da população doa sangue, o que representa 16 pessoas a cada mil habitantes, segundo dados do Ministério da Saúde¹³, denotando um número baixo de

¹² Ibidem.

¹³ BERALDO, Nicole. *Ministério da Saúde reforça campanha para incentivar doação de sangue*. Disponível em: < <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/44728-saude-reforca-campanha-para-incentivar-doacao-de-sangue> > Acesso em: 28 ago. 2019.

doadores, levando em consideração a extensão demográfica do país e o potencial número de doadores existentes, mormente se afastarmos a proibição de doação por homossexuais.

Países vizinhos, como a Argentina, já abandonaram esse critério. A partir de 2015 a Argentina suspendeu a norma que proibia homens homossexuais e bissexuais de doarem sangue¹⁴. Além disso, na Itália, México, Espanha, Chile a orientação sexual do candidato não é levada em conta na triagem do sangue, apenas seus hábitos sexuais.¹⁵

Além dos impactos sociais já abordados, quais sejam, a discriminação, disseminação de ideias preconceituosas, e contribuição para escassez dos bancos de sangue, fato é que a referida proibição também gera impactos jurídicos, especialmente por esbarrar nos principais postulados constitucionais.

Os impactos jurídicos são latentes, especialmente por vivermos em um cenário em que cada vez mais se busca a redução da desigualdade e discriminação. Podemos citar como exemplo, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277¹⁶ e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132¹⁷ em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, a união estável homoafetiva, bem como a vasta jurisprudência que reconhece a aptidão de casais homoafetivos para se inscreverem no Cadastro Nacional de Adoção.

Além disso, pode-se citar também, o recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26¹⁸ e do Mandado de Injunção nº 4733¹⁹, em que o Supremo Tribunal Federal enquadrou a homofobia e transfobia no conceito de crimes de racismo, entendendo que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis.

Diante de tais precedentes, já se percebe a atenção jurídica voltada a proteção dos indivíduos com orientação sexual diversa da homossexual e a busca pela construção de uma sociedade igualitária e livre.

¹⁴ ARGENTINA. *Real Decreto n° 1088/2005*. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-15514-consolidado.pdf> > Acesso em: 28 ago. 2019.

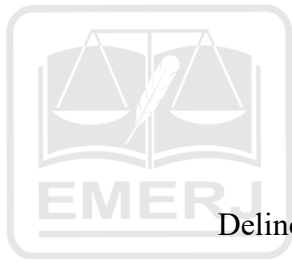
¹⁵ Barifouse, Rafael. Proibir homens que fazem sexo com homens de doarem sangue é inconstitucional? O STF vai decidir. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41639545> > Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn n° 4277*. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> . Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n°132*. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> . Acesso em: 28 ago. 2019

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO n° 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> . Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 4733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>> . Acesso em: 28 ago. 2019



Delineado tal contexto fático, cumpre dizer que a vedação encampada pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA, que proíbe a doação de sangue por indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo pelo período de 12 meses após a prática sexual, também vem sendo questionadas no âmbito jurídico.

Com o objetivo de pôr fim a proibição em análise, foi proposta, perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543²⁰, tendo como principais vetores os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana insculpidos na Constituição Federal²¹.

Além disso, os princípios da liberdade, igualdade e proporcionalidade também são inerentes a essa discussão. Razão pela qual, se faz necessário aferir a constitucionalidade das vedações em comento diante do contexto jurídico vigente e dos princípios citados.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO À DOAÇÃO FACE AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, LIBERDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal em seu artigo 3º, inciso IV²², prevê como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Tal postulado restou consubstanciado no plano dos direitos fundamentais, pois segundo o *caput* do artigo 5º, também da Constituição Federal²³, todos são iguais perante a lei, garantindo-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade, dentre outros direitos.

A igualdade e a liberdade são, portanto, mandamentos constitucionais e, ainda, direitos fundamentais que asseguram o tratamento não discriminatório por parte do Estado (eficácia vertical dos fundamentais) e entre a própria sociedade (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Deste modo, de plano, já se extrai a contrariedade da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde²⁴ e da RDC nº 34/2014 da Anvisa²⁵ com o ordenamento constitucional, ao vedar a doação de sangues por indivíduos homossexuais, por encampar tratamento discriminatório baseado na orientação sexual do indivíduo, ferindo a igualdade perseguida

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn nº 5543*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

²¹BRASIL, op. cit., nota 2.

²²Ibidem.

²³Ibidem.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 5.

pela Constituição Federal. Isso, porque trata-se de vedação que não se funda em um perfil de risco, ou seja, em um comportamento de risco por parte do pretense doador, mas na escolha de um grupo de risco fundada em de critérios que não mais subsistem modernamente, conforme já explicitado.

A norma em análise impõe tratamento diferenciado para homens com orientação homossexual, ainda que o comportamento heterossexual possa apresentar os mesmos riscos a que se supostamente pretende evitar com vedação normativa, sendo flagrante o tratamento desigual e discriminatório desta, que passa a servir como mero instrumento de disseminação de preconceitos, segregação da minoria, e estigmatização de indivíduos.

Além disso, serve como obstáculo a efetivação do Direito à Saúde, do artigo 196 da Constituição Federal²⁶, pois impede de sobremaneira e de forma injustificada que parcela da população de contribua para manutenção dos bancos de sangues brasileiros.

Soma-se ainda, a violação a dignidade do indivíduo, em todos os seus aspectos. O conceito de dignidade que deve ser extraído da norma constitucional melhor se coaduna com a seguinte definição:

Assim, a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc.²⁷

No entanto, além do que nos impõe o conceito tradicional supracitado, que por si só já seria o bastante para demonstrar que as vedações violam tal direito, a dignidade encontra diversos desdobramentos e efeitos. Um dos efeitos que se destaca seria a eficácia positiva do princípio da dignidade da humana, enquanto viabilizar do reconhecimento de outros direitos, dentre eles, o da busca da felicidade.²⁸

Foi com base na busca da felicidade, enquanto vertente da dignidade da pessoa humana, que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 477554²⁹, entendeu que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto ideia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autorizaria, o rompimento dos obstáculos que impediam a qualificação da união civil homossexual como

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, [e-book].

²⁸ Ibidem.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 47754*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI+1923&pagina=2&base=INFO.>>. Acesso em: 18 set. 2019.



entidade familiar.

Do referido julgamento, extraem-se também postulados que corroboram com a hipótese aqui ventilada, ou seja, com a impossibilidade de se restringir a doação de sangue por homossexuais com base no critério da orientação sexual, conferindo tratamento diferenciado pela legislação do que é conferido aos indivíduos com orientação heterossexual.

A Suprema Corte, como intérprete e guardião máximo da Constituição Federal (artigo 102 da CRFB/88³⁰) assim pontuou:

[...] o Pleno desta Suprema Corte proclamou que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional. Esta Suprema Corte, ao proferir referido julgamento, viabilizou a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática, tornando efetivo, assim, o princípio da igualdade, assegurando respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, conferindo primazia à dignidade da pessoa humana, rompendo paradigmas históricos, culturais e sociais e removendo obstáculos que, até então, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório.³¹

Neste mesmo contexto, o Ministro pontuou que essa mudança de entendimento consiste em passo essencial para combater a discriminação contra o tratamento excludente de minorias de modo a se viabilizar a existência de uma ordem jurídica inclusiva.

Nesta linha de raciocínio, considerando os princípios e mandamentos constitucionais já citados, a interpretação que os Tribunais Superiores vêm conferindo a tais direitos, bem como as mudanças de paradigmas da sociedade, não se faz possível admitir juridicamente o tratamento discriminatório conferido pela vedação a doação de sangue por homens de orientação homossexual, eis que colidentes com o que determina a ordem jurídica vigente.

Ademais, ainda que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543³², que trata sobre o tema, não tenha sido julgada pelo Supremo Tribunal Federal, já se denota uma tendência da Corte em manter o pensamento coerente com os mandamentos constitucionais e a ideia de ordem jurídica inclusiva.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 2.

³¹BRASIL, op. cit., nota 26.

³²BRASIL, op. cit., nota 17.

O relator da ação, Ministro Edson Fachin³³, já votou pela procedência da ação a fim de reconhecer a inconstitucionalidade da norma, entendendo que o estabelecimento de um grupo de risco com base em sua orientação sexual não é justificável, de modo que a seleção de doadores de sangue deve favorecer a apuração, em verdade, de condutas de risco independentes da orientação homo ou heterossexual. Isso, porque o tratamento hoje empreendido com a vigência é baseado no preconceito e não verdadeiro conhecimento sobre os fatores de risco a que o doador foi exposto.

E ainda acrescenta³⁴:

Tal restrição, consistente praticamente em quase vedação, viola a forma de ser e existir desse grupo de pessoas; viola subjetivamente a todas e cada uma dessas pessoas; viola também o fundamento próprio de nossa comunidade – a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB)... O plexo normativo da Portaria do Ministério da Saúde e da Resolução da ANVISA ora questionado afronta a autonomia daqueles que querem doar sangue e, por ele estão impedidos, porque restringe a forma dessas pessoas serem e existirem. Exigir que somente possam doar sangue após lapso temporal de 12 (doze) meses é impor que praticamente se abstenham de exercer sua liberdade sexual. A precaução e segurança com a doação de sangue podem e devem ser asseguradas de outra forma, de tal maneira que não comprometa a autonomia para ser e existir dessas pessoas. O fato de um homem praticar sexo com outro homem não o coloca necessária e obrigatoriamente em risco... há também, em certa medida, um refreamento de sua autonomia pública, pois esse grupo de pessoas tem sua possibilidade de participação extremamente diminuída na execução de uma política pública de saúde relevante de sua comunidade – o auxílio àqueles que necessitam, por qualquer razão, de transfusão de sangue.

Além disso, o fim da proibição não consubstanciaria aumento do risco aos receptores do sangue, bastando, para tanto, que se apliquem aos homens homossexuais as mesmas exigências e condicionantes aplicáveis aos demais candidatos a doadores de sangue, independentemente do gênero ou orientação sexual, ou seja, restrições fundadas no comportamento de risco do pretense doador.

Diante do exposto, não há como se negar a inconstitucionalidade da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde³⁵ e da RDC nº 34/2014 da Anvisa³⁶ e da proibição por elas encampada, por esbarrarem em princípios e direitos constitucionais, bem como por estarem em contrariedade com a interpretação jurídica que se confere ao ordenamento jurídico brasileiro, que busca ser instrumento de inclusão, contrário a práticas discriminatórias.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 5.

Esta pesquisa constatou, como principal problemática, a incompatibilidade entre as proibições encampadas pela Portaria nº 158 de 2016 do Ministério da Saúde e pela Resolução nº 34 de 2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária; e o sistema jurídico vigente.

As normas proibitivas em comento, vedam a doação de sangue por homens que tenham se relacionado sexualmente com outros homens nos últimos doze meses. Assim, temos a regulamentação do procedimento de doação de sangue por normas infraconstitucionais que, sob o prisma material, acabam esbarrando em preceitos constitucionalmente previstos. Isso, porque observou-se no decorrer do trabalho que a limitação trazida pelos atos normativos representa verdadeira restrição permanente à doação de sangue por homossexuais caso o indivíduo tenha uma vida sexual minimamente ativa, sendo esta fundada exclusivamente em critério genérico de orientação sexual.

Neste contexto, ainda que a política de restrições à doação de sangue tenha surgido, inicialmente, como uma resposta à crise da AIDS, que era observada com maior incidência em homens de orientação homossexual, conforme elucidado no segundo capítulo, hoje, tal critério não mais se sustenta. Analisou-se, diante do desenvolvimento científico e jurídico que envolve a questão, que a AIDS não se trata de enfermidade que atinge somente os alcançados pela vedação, podendo ser transmitida independente da orientação sexual do indivíduo.

Destacou-se, então, que o perigo de contágio decorre da adoção de um comportamento de risco pelo pretense doador, comportamento este, que pode ser observado no relacionamento hetero ou homossexual. Assim, não se justificando, sob o prisma fático e jurídico a diferenciação de tratamento conferida aos homossexuais pelas normas em análise, servindo apenas como instrumento de disseminação de preconceito e discriminação.

Desta forma, fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que as normas que vedam a doação de sangue com base no critério da orientação sexual resultam em um tratamento jurídico desigual, incompatível com os postulados constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, razão pela qual se denota a inconstitucionalidade dos dispositivos.

Quanto à questão que se descortinou no terceiro capítulo, destacou-se que o ordenamento jurídico prevê a igualdade como um dos maiores postulados norteadores do direito, sendo ainda inerente a qualquer indivíduo a garantia observância ao princípio da dignidade humana e liberdade, de modo a não se admitir tratamento discriminatório injustificado. Ressaltou-se ainda a necessidade de se estabelecer uma ordem jurídica

inclusiva, destacando-se recentes julgados dos Tribunais Superiores que denotam essa tendência.

Outrossim, evidenciou-se que o fim da proibição não geraria o aumento do risco de contaminação pelos receptores, bastando, para tanto, que as mesmas exigências aplicadas aos heterossexuais se apliquem aos homossexuais, independente de orientação de gênero. Em outras palavras, basta que se utilize como baliza, o comportamento de risco de cada indivíduo ao invés da escolha um grupo de risco fundado na mera orientação sexual, resultando, na aplicação pura e simples do princípio da igualdade.

Ficou evidente, por essas razões, que não há como se negar a inconstitucionalidade da proibição, por esbarrar em princípios constitucionais expressos, bem como por representar verdadeira contrariedade com a ordem jurídica inclusiva que deve permear o ordenamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. *Real Decreto n° 1088/2005*. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-15514-consolidado.pdf> > Acesso em: 28 ago. 2019.

BARIFOUSE, Rafael. *Proibir homens que fazem sexo com homens de doarem sangue é inconstitucional? O STF vai decidir*. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41639545> > Acesso em: 28 ago. 2019.

BERALDO, Nicole. *Ministério da Saúde reforça campanha para incentivar doação de sangue*. Disponível em: < <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/44728-saude-reforca-campanha-para-incentivar-doacao-de-sangue> > Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_220_.asp >. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADIn n° 4277*. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> >. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADIn n° 5543*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495> >. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO n° 26*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> > . Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n°132*. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível



em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI n° 4733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 47754*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI+1923&pagina=2&base=INFO>>. Acesso em: 18 set. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução n° 34/2014*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867975/%281%29RDC_34_2014_COMP.pdf/ddd1d629-50a5-4c5b-a3e0-db9ab782f44a> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Boletim Epidemiológico, HIV/AIDS 2015*. Brasília, 2015, p.34.

_____. *Doação de sangue: requisitos, quem pode doar e vantagens*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-sangue>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *HIV: o que é, causas, sintomas, diagnóstico, tratamento e prevenção*. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/aids-hiv>> Acesso em: 28 ago 2019.

_____. *Nota Técnica n° 163/2006*. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/legislacao/2006/outras_notas/nota_tecnica_163_sobre_doacao_sangue_gays_hsh_pdf_28365.pdf> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Portaria n° 158/2016*. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Portaria n° 1.366/1993*. Disponível em: <sna.saude.gov.br/legisla/legisla/hemo/GM_P1376_93hemo.doc> Acesso em: 08 abr. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, [e-book].

SISTEMA DE PRECEDENTES: DA ATIVIDADE JURISDICIONAL MERAMENTE DECLARATÓRIA À FUNÇÃO CRIATIVA

Isabelle Vidal Aires

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – a implementação de um sistema de precedentes judiciais no ordenamento brasileiro por meio do Código de Processo Civil de 2015 trouxe à tona uma série de reflexões acerca de isonomia e celeridade na solução de conflitos pelo Poder Judiciário. Cada vez mais se verifica a necessidade de uniformização da jurisprudência para a segurança jurídica no Brasil. A essência do trabalho é abordar a relevância da aplicação dos precedentes judiciais para esse fim, a compatibilidade do sistema com a ordem jurídica brasileira de origem *civil law* e o papel criativo do Poder Judiciário em colaboração com os outros Poderes na busca por uma tutela eficiente dos jurisdicionados.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Sistema de precedentes judiciais. Precedentes vinculantes. *Civil law*. *Common Law*. Atividade jurisdicional.

Sumário – Introdução. 1. A aplicação dos precedentes judiciais: uma discussão pautada pelos princípios da celeridade e da isonomia. 2. Análise da compatibilidade dos precedentes judiciais com o sistema brasileiro da Civil Law. 3. Princípio da Separação dos Poderes: reflexão acerca da legitimidade do Poder Judiciário na criação de normas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática do sistema de precedentes judiciais, introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015, e sua influência na atividade jurisdicional, que assume papel criativo da norma jurídica, na missão de proporcionar celeridade e segurança jurídica aos tutelados.

Objetiva-se discutir a implementação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico e seu impacto na forma como a atividade jurisdicional é desempenhada, bem como enfrentar as críticas doutrinárias acerca da introdução de tal sistema.

A recorrente instabilidade judicial apontou a necessidade da busca por decisões previsíveis e isonômicas. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o sistema de precedentes judiciais foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de proporcionar celeridade e segurança jurídica aos tutelados.

O Brasil é um país pertencente à tradição do *civil law*, que tem a lei como principal fonte do Direito. Tendo em vista que uma mesma lei comporta inúmeras interpretações, o que pode



conferir tratamentos distintos para casos idênticos, identifica-se a necessidade de importar a técnica dos precedentes originária do sistema do *common law*.

O tema constitui debate de relevo no meio acadêmico, haja vista as severas críticas de parcela doutrinária aos precedentes judiciais. No entanto, a teoria dos precedentes não representa a erradicação da liberdade no desempenho da função judicante. Pelo contrário, convoca o Poder Judiciário a dar soluções isonômicas a casos semelhantes, honrando a confiança depositada nele pelo jurisdicionado.

Dessa forma, o sistema de precedentes judiciais à luz do Código de Processo Civil de 2015 agrega estabilidade, segurança e celeridade ao Poder Judiciário e às decisões por ele proferidas.

No primeiro capítulo, será abordada a necessidade da implementação da teoria dos precedentes judiciais para solucionar o problema da instabilidade e insuficiência judicial, gerando a segurança jurídica e celeridade buscadas.

Por sua vez, no segundo capítulo, será analisada a compatibilidade do sistema de precedentes judiciais com o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de o Brasil pertencer à tradição do *civil law*.

Por fim, no terceiro capítulo, se verificará que a atuação criativa do Poder Judiciário, ao extrair normas jurídicas dos precedentes judiciais, não carece de legitimidade, tampouco viola o princípio da separação dos Poderes.

A metodologia empregada no presente trabalho baseia-se na pesquisa bibliográfica, da qual se extrai os ensinamentos e debates acerca do tema. Para tanto, a abordagem do objeto dessa pesquisa será quantitativa.

Ademais, a pesquisa jurídica será exploratória, vez que trata de temática recentemente introduzida no ordenamento jurídico, e explicativa, quanto a conceitos e outros aspectos já definidos por estudiosos do assunto.

1. A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA DISCUSSÃO PAUTADA PELOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ISONOMIA

A recorrente instabilidade judicial apontou a necessidade de buscar decisões previsíveis. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015¹, o sistema de precedentes judiciais foi

¹BRASIL. 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. 2019

introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a fim de dotá-lo de celeridade, isonomia e segurança jurídica.

Dessa forma, torna-se necessária, primeiramente, a análise e conceituação dos pressupostos de criação dos precedentes judiciais.

À luz da doutrina de Alexandre Câmara², precedente é:

O pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior. Dito de outro modo, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, a partir de outra decisão proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um precedente.

O precedente é a decisão judicial proferida pelo magistrado no âmbito do caso concreto que, ao abordar todos os principais argumentos relacionados à questão de direito do caso³, poderá ter seu elemento normativo aplicado a casos análogos posteriores, servindo como diretriz decisória a subordinar julgamentos futuros⁴.

Por certo, os precedentes não possuem força de lei. Entretanto, têm previsão na Constituição da República e, em razão disso, as decisões que gozam desta eficácia já nascem com esta condição.

Diante disso, Ronaldo Cramer⁵ definiu precedente como todo julgado de tribunal que, por força de sua condição originária, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos.

O pronunciamento judicial deve reunir três características, para que seja considerado precedente: (i) ser um julgado de tribunal; (ii) ser uma norma criada a partir da interpretação das leis; e (iii) ter se tornado estável⁶.

No que concerne ao primeiro pressuposto, em respeito à regra da colegialidade, não é possível que uma decisão do relator seja considerada como precedente. Ainda, cumpre ressaltar que os fundamentos determinantes da decisão devem ter sido adotados pela maioria dos

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 432.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 216.

⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v. 2. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 513.

⁵ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 86.

⁶ *Ibidem*, p. 87-88.

integrantes do tribunal julgador, como se extrai do Enunciado 317, do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁷ (“FPCC”).

Em relação ao segundo pressuposto, é certo que o precedente é uma norma criada a partir da interpretação das regras e princípios aplicados ao caso concreto. Por fim, quanto ao último pressuposto do precedente, faz-se necessário que o julgado do tribunal não esteja sujeito à interposição de recurso, visto que isso ocasionaria a possibilidade de modificação da decisão.

No sistema de precedentes, a fundamentação do julgado é composta pela *ratio decidendi* e pelo *obiter dictum*, além dos três elementos obrigatórios de qualquer decisão, quais sejam: (i) o relatório, (ii) a fundamentação e (iii) o dispositivo.

A *ratio decidendi* constitui a norma geral extraída do caso concreto que servirá como fonte de direito para casos futuros idênticos. Desse modo, somente é possível considerar *ratio decidendi* a regra jurídica que tenha a capacidade de ser universalizada, não obstante sua criação casuística⁸.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni⁹, a *ratio decidendi* se encontra dentro da fundamentação, mas não se confunde com ela. O autor acrescenta que o elemento compreende as razões necessárias e suficientes para a solução da causa. Com efeito, a *ratio decidendi* é a própria norma do precedente.

De acordo com Alexandre Câmara¹⁰, o resultado do julgamento não possui relevância, vez que o caráter vinculativo do precedente se encontra na fundamentação, não no dispositivo da decisão.

Por sua vez, o *obiter dictum*, como bem destaca Cramer¹¹, é todo argumento dispensável para determinar a norma do precedente, sem nenhuma relevância para a decisão proferida, incluindo digressões, ilustrações e complementações.

Ademais, os precedentes se dividem quanto à eficácia, isto é, alguns têm o poder de vincular julgamentos futuros, outros não. Dessa forma, existem os precedentes dotados de vinculação absoluta, os chamados precedentes vinculantes; e os precedentes com eficácia persuasiva, os precedentes persuasivos.

Os precedentes vinculantes são de aplicação obrigatória, ou seja, o órgão julgador, ao se deparar com um caso que já possui tese jurídica firmada, está vinculado a ela.

⁷ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados aprovados em Belo Horizonte*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPCC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em: 17 set. 2019.

⁸ DIDIER JR., op. cit., p. 513-515.

⁹ MARINONI, op. cit., p. 149.

¹⁰ CÂMARA, op. cit., p. 447-449.

¹¹ CRAMER, op. cit., p. 107.

Prelecionam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira¹² que se verifica o efeito vinculante quando a norma jurídica geral (*ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação da decisão tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando os órgãos jurisdicionais a adotarem aquela mesma tese jurídica.

Por sua vez, os precedentes de eficácia persuasiva e argumentativa não possuem efeitos de aplicação obrigatória. Entretanto, não podem ser ignorados pelos órgãos jurisdicionais, deve haver sempre uma fundamentação específica que justifique a sua não aplicação¹³.

Diante disto, no caso dos precedentes persuasivos é admissível decisão conflitante, se o órgão responsável pelo julgamento discordar do entendimento. No entanto, é imprescindível que a decisão esteja devidamente fundamentada, indicando os motivos pelos quais é legítimo o julgamento em sentido diverso.

Conforme Ronaldo Cramer¹⁴, independentemente da eficácia atribuída ao precedente, a sua aplicação pressupõe a demonstração de um enquadramento entre ele e o caso concreto. Em suas palavras, o precedente somente será aplicado quando “houver identidade de tese jurídica e semelhança de fatos entre os casos, o do precedente e o sob julgamento”.

Havendo semelhança entre o caso do precedente vinculante e o caso sob julgamento, o precedente será necessariamente aplicado. Em qualquer caso, o magistrado deve fundamentar a aplicação do precedente ao caso concreto, nos termos do artigo 489, § 1º, V do Código de Processo Civil.

De modo diverso, quando não houver identidade de tese jurídica e semelhança de fatos, não ocorrerá a aplicação do precedente. Em razão disso, se o precedente for de eficácia vinculante, utiliza-se os institutos da distinção e da superação, sendo certo que em ambos os casos o magistrado também deverá motivar a sua decisão.

A técnica da distinção importa na não aplicação do precedente vinculante quando o caso concreto não possui fatos semelhantes ou não guarda os mesmos fundamentos jurídicos do caso do precedente.

Por sua vez, diz Cramer¹⁵ que a superação trata da “revogação do precedente por outro precedente proferido pela mesma corte que criou o anterior ou por uma corte hierarquicamente superior”.

¹² DIDIER JR., op. cit., p. 514.

¹³ CÂMARA, op. cit., p. 440.

¹⁴ CRAMER, op. cit., p. 139.

¹⁵ CRAMER, op. cit., p. 145.



Ressalta-se, portanto, que a aplicação do sistema de precedentes traz mais celeridade e efetividade ao Poder Judiciário, acelerando o procedimento dos processos e adiantando a entrega da tutela jurisdicional, ainda mais para as causas repetitivas¹⁶.

Alguns exemplos de tal aplicação são a improcedência liminar (art. 332, inciso I a IV, CPC), a tutela de evidência (art. 311, inciso II, CPC), a dispensa de remessa necessária quando a sentença for escorada em precedente (art. 496, parágrafo 4º, incisos I a III, CPC), a possibilidade de decisão monocrática do relator para dar ou negar provimento com fundamento em precedente (art. 932, incisos IV e V, CPC), previsão de decisão do presidente do tribunal a quo que nega provimento do recurso excepcional baseada em precedente (art. 1030, I, alínea B, CPC).

Além disso, os precedentes auxiliam na estabilidade da jurisprudência ao prestigiar o princípio da isonomia, vez que sua própria razão de ser é a adoção de soluções uniformes em casos idênticos.

2. ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COM O SISTEMA BRASILEIRO DA *CIVIL LAW*

As expressões *Common law* e *Civil law* tratam dos dois grandes sistemas que comportam tradições jurídicas diversas quanto à concepção do Direito e sua aplicação. As duas “famílias”, como são tradicionalmente chamadas, demonstram formas diferentes de compreensão de como se dá a criação das normas. Cada país, devido a sua formação e desenvolvimento históricos, acolhe um desses sistemas.

Em síntese, na tradição do *common law*, a principal fonte do direito consiste nos precedentes judiciais. Diante disso, a norma jurídica é extraída, via de regra, do julgamento de casos concretos pelos Tribunais para a sua posterior aplicação aos casos idênticos.

Nesse sistema, os precedentes são criadores, não interpretativos, porque a jurisprudência é a principal fonte de normas. Como preleciona Benjamin Cardozo¹⁷, “o método é indutivo, e ele desenha suas generalizações dos casos particulares”. Isso se justifica vez que a tradição prestigia o direito processual em detrimento do direito material, fazendo do Poder Judiciário o seu grande protagonista.

¹⁶ Ibidem, p. 61

¹⁷ CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. New Haven e Londres: Yale University Press, 1921, p. 22-23.

De modo diverso, na tradição do *civil law*, a lei é a principal fonte irradiadora do direito, depreendendo-se dela a norma jurídica que servirá para disciplinar todos os casos previstos em sua hipótese de incidência. Nessa família, portanto, o papel de destaque pertence ao Poder Legislativo, motivo pelo qual há uma preponderância do direito material em relação ao direito processual¹⁸.

Segundo Patrícia Perrone Campos Mello¹⁹, a lei pretende abranger uma variedade de casos futuros em sua moldura. Por um método dedutivo, que parte do comando geral para regular a situação particular, os casos deverão encontrar sua solução na norma. A lei, naturalmente, tem o benefício de tornar o direito mais sistemático, sua generalidade e abstração, todavia, tornam seu significado final em uma consequência da aplicação feita pelos juízes.

Nada obstante, os sistemas passaram a apresentar notáveis pontos de convergência contemporaneamente. Verifica-se essa tendência de aproximação na medida em que cada sistema vem incorporando institutos próprios do outro, com o objetivo de tentar solucionar de forma mais eficiente os problemas práticos inerentes ao seu modelo.

A recepção de institutos de uma tradição em outra, sem descaracterizá-la, é a chamada técnica de recepção jurídica. Verificando a existência de falhas em sua cultura jurídica, o operador do direito busca institutos no direito comparado que possam ser úteis e eficazes para resolver tais problemas.

Entretanto, ressalta-se que não há nesta convergência uma descaracterização da tradição original, vez que preponderam as suas características. O que ocorre é uma influência do outro modelo, com a incorporação de algumas de suas qualidades.

Sobre este tema, Freddie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza²⁰:

[...] O Direito brasileiro não aderiu, com uma penada legislativa, à tradição jurídica da *common law*, tão somente porque adotou um sistema de precedentes vinculantes nos seus tribunais superiores, ou porque já instalou um regime de respeito aos precedentes baseado na atribuição de eficácia processual à jurisprudência – afinal, já foram muitas as incorporações de elementos jurídicos transplantados de sistemas ou tradições estrangeiras. Se há *crossing over* jurídico em curso nos diversos sistemas jurídicos, isto não desnatura a sua forte carga genética que lhes dá identidade e significação.

¹⁸ CRAMER, op. cit., p. 28.

¹⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47.

²⁰ DIDIER JUNIOR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, nº 2, p. 119-, jul-dez. 2015.



A recepção jurídica não consiste na importação pura e simples da técnica ou instituto de uma família jurídica para outra, motivo pelo qual é preciso adaptar o instituto para torná-lo compatível com o ordenamento receptor, de maneira que se encaixe harmoniosamente nele²¹.

Diante disto, os países afiliados à tradição do *civil law* vêm apresentando a tendência de aplicação mais contundente dos precedentes, a fim de garantir maior segurança e isonomia nas respostas judiciais. Por sua vez, os países da família do *common law* vêm editando leis com mais frequência, de modo a produzir normas jurídicas de forma mais célere.²²

A adoção do sistema de precedentes judiciais pelo ordenamento jurídico brasileiro, portanto, implica adaptações a partir da sua concepção original. Como o Brasil é um país afiliado à tradição do *civil law*, o tema deve ser peculiarizado nesses moldes²³.

Dessa forma, não se pretende transformar o sistema jurídico brasileiro em *case law*, tal como nos países de tradição do *common law*. O que se almeja é conjugar o modelo do direito legislado com um sistema de precedentes, que criará as normas com fundamento nas leis vigentes.

A convergência do nosso sistema em direção ao *Common Law* se deu por um objetivo específico: implementar um sistema de precedentes, de modo a gerar parâmetros decisórios, principalmente, para as causas repetitivas, assegurando isonomia e celeridade ao Direito²⁴.

Por conseguinte, cumpre ponderar a importante diferença entre os precedentes aplicados pelos países de origem do *common law* e aos adotados pelo Brasil.

Nos países da matriz do *common law*, o julgado não é reconhecido como precedente no instante de seu nascimento, ele adquire este status por meio de decisões posteriores. Em outras palavras, a decisão torna-se um precedente a partir do momento em que é utilizada como fundamento para casos futuros.

Sob este aspecto retrospectivo do precedente, o magistrado deverá buscar um precedente que trate do mesmo problema jurídico, ao verificar a questão legal a ser enfrentada no novo litígio. A partir da constatação de que a nova causa é um caso análogo a um precedente, o juiz deverá obrigatoriamente aplicar a conclusão do julgado anterior²⁵.

Ao contrário, no direito brasileiro, há previsão na Constituição Federal dos precedentes vinculantes. Em razão disso, já são conhecidas previamente as decisões que gozam desta

²¹ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 70.

²² *Ibidem*, pp. 78-79.

²³ CÂMARA, op. cit., p. 442.

²⁴ CRAMER, op. cit., p. 33.

²⁵ MELLO, op. cit., p. 23.

eficácia, sendo prescindível o reconhecimento delas como tal por decisões posteriores. Diante disso, o julgado já nasce para vincular.

Segundo Alexandre Câmara²⁶:

[...] nos sistemas jurídicos vinculados à tradição de *common law*, quem diz que uma decisão judicial é precedente é o juiz do caso seguinte. Explique-se melhor: quando, em um ordenamento jurídico ligado à tradição anglo-saxônica, um tribunal julga uma causa, não se sabe se aquela decisão será ou não, no futuro, tida por precedente. Apenas quando, posteriormente, surge um segundo caso cujas circunstâncias são análogas à do caso anterior é que o órgão jurisdicional a quem incumba a função de julgar este segundo caso afirmará que aquela primeira decisão é um precedente.

O Código de Processo Civil de 2015, na esteira da Constituição da República, trouxe mecanismos que tornam a decisão judicial, de plano, em um precedente judicial, principalmente em seu artigo 927.

Importa esclarecer que o precedente persuasivo não nasce dotado dessa condição, diferente do vinculante. Conforme conceituado anteriormente, ele é extraído de decisões dos Tribunais e deve ser considerado, mas não possui a eficácia de obrigatoriedade. Assim sendo, torna-se precedente posteriormente, no momento em que é reconhecido como tal pelo órgão julgador que proferirá decisão futura.

Aponta Ronaldo Cramer²⁷ que é irrelevante se o pronunciamento nasce como precedente ou é reconhecido dessa forma posteriormente. Para o autor, no sistema brasileiro, o momento do reconhecimento do precedente é desimportante para a sua caracterização, diferente da visão retrospectiva do precedente no sistema de *common law*.

Portanto, verifica-se que o sistema de precedentes é compatível com a ordem jurídica brasileira, apesar da afiliação à tradição *civil law* do país. Ademais, não há uma transmutação de um sistema para outro, apenas a influência da família da *common law* por meio da implantação do sistema de precedentes para assegurar a isonomia, a segurança jurídica e a celeridade processual.

3. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: REFLEXÃO ACERCA DA LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NA CRIAÇÃO DAS NORMAS

Existe grande debate acadêmico acerca da legitimidade do Poder Judiciário para a produção de normas por meio da criação de precedentes. Tal controvérsia implica a

²⁶ CÂMARA, op. cit., p. 443.

²⁷ CRAMER, op. cit., p. 28.



compreensão de outra, na qual a doutrina se divide naqueles que entendem que o artigo 927 do CPC elenca precedentes de natureza persuasiva e aqueles que entendem que o rol do artigo 927 é de precedentes vinculantes.

A primeira posição doutrinária, em apertada síntese, sustenta que o *caput* do artigo 927 exige que os juízes e tribunais apenas levem em conta as decisões ou enunciados sumulares elencados em tal dispositivo²⁸.

Desse modo, os demais órgãos jurisdicionais devem considerar os precedentes persuasivos criados pelos Tribunais e elencados no artigo 927. No entanto, não ficam obrigatoriamente vinculados, motivo pelo qual podem decidir de forma distinta, desde que fundamentadamente.

Na concepção dessa corrente, a eficácia vinculante das decisões só pode existir a partir de previsão constitucional. Em razão disso, tão somente as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, cuja previsão encontra-se no artigo 102, §2º, da Constituição da República, e os enunciados de súmula vinculante, dispostos no artigo 103-A, da Constituição da República, gozam de efeito de natureza obrigatória.

A segunda parcela acadêmica defende que o rol de precedentes elencado pelo Código de Processo Civil é vinculativo. A vinculação do Poder Judiciário por um precedente emitido por ele próprio constitui hipótese de autorregramento, sendo possível sua previsão apenas em lei federal. Razão pela qual, conforme a segunda posição doutrinária, o art. 927²⁹, CPC estabeleceu um rol de precedentes vinculativos, ou seja, de observância obrigatória.

O Enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis³⁰ corrobora esse entendimento, orientando: “as decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

Ronaldo Cramer³¹ acompanha essa corrente, destacando que, ao longo do processo legislativo do novo Código, o legislador optou por retirar o termo “em princípio” da redação do dispositivo, indicando a intenção de estabelecer um rol de precedentes vinculantes. Por isso, sustentam Didier, Braga e Oliveira³² que os Tribunais e juízes deverão conhecer os precedentes de ofício, sob pena de omissão e denegação de Justiça.

²⁸ CÂMARA, op. cit., p. 440.

²⁹ DIDIER JR., op.cit., 2018, p. 455.

³⁰ FPPC, op. cit., p. 28.

³¹ CRAMER, op. cit., p. 190-191.

³² DIDIER JR., op. cit., 2018, p. 528-529.

Ainda acrescenta Cramer³³ que a utilização do termo “observar”, inserido no *caput* do art. 927, evidencia uma imposição legal ao aplicador do direito de observar os precedentes ali elencados, ou seja, não se trata de uma faculdade.

Quanto ao ponto da autorização constitucional, arguido pela primeira corrente, a previsão só é necessária para garantir força vinculante quando os precedentes vincularem, além do próprio Poder Judiciário, a Administração Pública Direta e Indireta (Poder Executivo), quais sejam, as decisões de controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes.

Justifica-se tal entendimento vez que esses precedentes obrigam os outros poderes, portanto, são vinculantes em essência, não somente vinculativos. Deste modo, a eficácia vinculante destes precedentes tem assento constitucional porque interfere na separação de poderes³⁴.

Na medida em que o precedente vinculante tem força normativa, surgem questionamentos acerca da possibilidade de o magistrado, não eleito democraticamente, proferir decisões vinculativas.

A parcela doutrinária que argumenta contra a eficácia obrigatória dos precedentes sustenta que o Poder Judiciário exerce função legiferante atípica ao criá-los. Por isso, o juiz estaria imiscuindo-se nas atribuições do legislador, sem autorização constitucional, ferindo o princípio da separação de Poderes.

Entretanto, preleciona Teresa Wambier e Bruno Dantas³⁵:

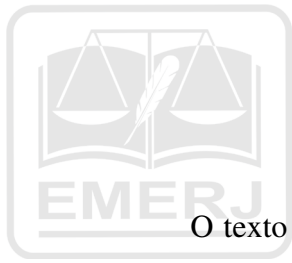
Costuma-se apontar para a tripartição de poderes como sendo o único empecilho para se admitirem precedentes obrigatórios, já que o juiz não estaria vinculado senão à lei. Por outras palavras, trata-se do único argumento a apoiar a tese de inconstitucionalidade. Entretanto, o princípio da separação de poderes deve ser compreendido e moldado à luz da própria Constituição Federal. Deve ser adotado numa versão compatível com as exigências sociais atuais e com as da própria Constituição Federal: aqui fazemos menção à necessidade de que as normas constitucionais fundamentais sejam plenamente realizadas no plano empírico.

O julgado dá origem a duas normas, nos moldes no sistema de precedentes: uma geral, que é a norma do precedente, e uma individual, que soluciona o próprio caso concreto. Em qualquer caso, a norma é delineada pelos tribunais com base em texto normativo, não a partir da vontade dos julgadores ou dos costumes da sociedade.

³³ CRAMER, op. cit., p. 189.

³⁴ Ibidem, p. 189.

³⁵ WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, ecurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 280.



O texto normativo, por sua vez, é a própria lei ou conforme a lei, motivo pelo qual o Poder Judiciário, que constrói o precedente, está sempre limitado pela intenção do Poder Legislativo e pelos sentidos concebidos por ele na produção legislativa.

Ronaldo Cramer³⁶ preleciona que, embora rara a possibilidade de uma norma jurídica ser forjada com base em um costume, ainda que isso ocorra excepcionalmente, os tribunais só poderão fundamentar em um costume harmonizado com a lei. Em outras palavras, para fabricar uma norma no sistema brasileiro a partir de um costume, esse não pode violar a lei.

Nesse diapasão, no sistema jurídico brasileiro, Luiz Guilherme Marinoni³⁷ chama os precedentes de interpretativos, vez que são criados a partir da lei. O juiz manipula a lei de forma criativa, contudo, está vinculado a ela, sua liberdade consiste em determinar, caso a caso, o perímetro ou o contorno das determinações legais³⁸.

À luz do artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal, todo poder emana do povo e os parlamentares, criadores das leis, são representantes eleitos por ele, para exercer o poder em nome dele.

Por conseguinte, não há que se falar em ausência de legitimidade do Poder Judiciário, haja vista ser o precedente forjado a partir da lei, que é produto da vontade popular. Sendo assim, arremata Cramer³⁹ que “os tribunais, quando extraem a norma do precedente a partir das leis ou em harmonia com elas, conformam-se com tal vontade”.

Dessa forma, ainda que os magistrados não sejam democraticamente eleitos, produzem as normas conforme a vontade popular, vez que limitados por parâmetros estabelecidos pelo legislador. O Poder Judiciário não tem poder de inovar e o sistema de precedentes não carrega essa pretensão.

Já houve grande debate no seio de ambas as famílias de *civil law* e *common law* se o juiz meramente declara o direito preexistente ou o cria, ao proferir uma decisão. Entretanto, a partir do entendimento de que o texto normativo e a norma não se confundem, impõe-se reconhecer que a decisão judicial cria a norma, com base na interpretação do dispositivo legal.

Conforme ensinam Teresa Wambier e Bruno Dantas⁴⁰, o reconhecimento de que o juiz, ao decidir, pode criar direito em diferentes dimensões e medidas não o equipara a um legislador. O juiz cria direito porque, ao interpretar a lei, estará exercendo, ainda que minimamente, seu poder criativo.

³⁶ CRAMER, op. cit., p. 95.

³⁷ MARINONI, op. cit., p. 254.

³⁸ WAMBIER, op. cit., p. 124.

³⁹ CRAMER, op. cit., p. 189.

⁴⁰ WAMBIER, op. cit., p. 280.

Justifica Cândido Rangel Dinamarco⁴¹ que as normas produzidas pelos juízes não dispõem de todo o caráter de generalidade e abstração que supostamente faria deles autênticos legisladores. Isso, porque a eficácia vinculante de decisões judiciais situa-se num plano intermediário entre o abstrato da lei e o concreto das decisões em casos concretos.

Consoante exposto, o Judiciário não produz a norma sem limites hermenêuticos. A norma é criada por meio de interpretação do dispositivo legal ou de outro texto normativo conforme a lei, conseqüentemente, sempre haverá parâmetros a serem observados impostos pelos parlamentares, eleitos diretamente pelo povo. Tais limites legais têm a função imprescindível de conferir legitimidade democrática à atividade jurisdicional.

É incontestável que a obrigatoriedade da observância dos precedentes por todos os órgãos jurisdicionais traz inúmeras vantagens àqueles que demandam uma posição jurisdicional, como segurança jurídica, isonomia e celeridade processual.

Além disso, o sistema de precedentes judiciais constitui a ferramenta mais rápida e eficaz para que o Direito acompanhe as mudanças na sociedade e, conseqüentemente, as demandas judiciais, que carregam litígios inerentes e contemporâneos à realidade social. É notória a lentidão do processo legislativo para aprovação de novas leis, portanto, um diálogo entre todos os Poderes é o caminho lógico para alcançar a eficiência na resolução de conflitos.

CONCLUSÃO

Este trabalho abordou a grande controvérsia acerca da inserção no ordenamento jurídico brasileiro do sistema de precedentes judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015. O embate configura-se, principalmente, em torno da eficácia de tais precedentes, visto que há certa relutância no seio acadêmico em aceitar que todos os precedentes tratados no artigo 927 sejam vinculativos.

Assim, por um lado, é questionada a adoção de uma teoria dos precedentes vinculantes por meio de uma norma infraconstitucional sem que exista autorização constitucional. Tal argumento se funda na possibilidade de violação da Constituição da República, que teria reservado a obrigatoriedade das decisões a casos específicos nela constantes.

⁴¹ CRAMER apud DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 100, p. 178-179, out.-dez., 2000.



Entretanto, se concluiu que os precedentes vinculativos configuram espécie de autorregramento do Poder Judiciário. Como tal, podem ser veiculados por meio de lei federal, não se tratando de hipótese de violação ao princípio da separação dos Poderes.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que as vantagens advindas da criação de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro são indiscutíveis, auxiliando na uniformização da jurisprudência e evitando a insegurança jurídica decorrente das decisões contraditórias dos tribunais.

Fato é que a aplicação dos precedentes judiciais coíbe o tratamento desigual aos destinatários do direito e manifesta-se como mais uma garantia ao direito a solução integral do mérito dentro da razoável duração do processo, devido à agilidade que sua implementação agrega à tutela jurisdicional.

Quanto à questão que se descortinou no segundo capítulo, a implementação de uma teoria dos precedentes não descaracteriza a ordem jurídica como pertencente ao sistema de *civil law*. Pelo contrário, os precedentes judiciais objetivam preencher falhas na cultura jurídica brasileira, ao prestigiar a isonomia e a celeridade da resposta jurisdicional.

Na medida em que o precedente tem força normativa, torna possível o caminhar do Direito junto à realidade social. É certo que a principal fonte do *civil law* para transformar e pautar a realidade continua sendo a lei. Contudo, a evolução do contexto histórico-social é constante e novas leis não poderiam sozinhas acompanhar com efetividade e rapidez as mudanças sem a atividade criativa do Poder Judiciário.

Portanto, restou evidente que a função criativa do Poder Judiciário é essencial para a segurança jurídica, a celeridade e a eficácia para a tutelas dos jurisdicionados. Os três Poderes devem dialogar entre si e colaborar para maior efetividade na solução de conflitos, assegurando uma convivência social harmônica.

REFERÊNCIAS

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: 23 set. 2019

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. New Heaven e Londres: Yale University Press, 1921.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. 2. 13 ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

_____. SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, nº 2, jul-dez. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 100, out.-dez., 2000.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados aprovados em Belo Horizonte*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em: 17 set. 2019.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. Fredie Didier Jr. et al. (coord.). Precedentes. Salvador: Jus Podivm, 2015.

WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



FASHION LAW: ASPECTOS SOBRE A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DO DIREITO DA MODA NO BRASIL

Isadora Mota Valporto Moreno

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Resumo – A relevância e o crescimento do mercado de moda na sociedade contemporânea traz como consequência a necessidade de tutela pelo Direito. No Brasil, a proteção às criações de moda é conferida pela Propriedade Intelectual e visa ao combate dos crimes, com aplicação de sanções impostas pelo Direito Penal, que nem sempre são efetivas. O trabalho faz uma análise do modelo de tutela jurídica no Brasil traçando um paralelo com o modelo norte-americano, demonstrando a necessidade de legislação específica para conferir proteção a esse ramo do Direito no Brasil.

Palavras-chave – Direito Empresarial. Direito da Moda. *Fashion Law*.

Sumário – Introdução. 1. Da ausência de legislação específica desse ramo do Direito. 2. Comparação com o modelo de proteção no sistema norte-americano do *copyright*. 3. Análise acerca da efetividade das sanções aplicadas pelo Direito Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho aborda a temática da legislação aplicada ao Direito da Moda no Brasil, focando na ausência de legislação específica a ser utilizada para resolução de eventuais conflitos, o que impossibilita uma solução eficiente aos litígios.

Na sociedade capitalista atual se está diante de consumo, o que, frequentemente, leva a mudanças e crescimento do mercado/indústria da moda.

Essa situação faz nascer a demanda por um novo ramo do direito que tutele e resolva os eventuais litígios de forma eficiente. Surge, então, o ramo do direito denominado Direito da Moda.

Objetiva-se discutir as proteções conferidas pelas legislações esparsas aos conflitos que envolvem o ramo do Direito denominado Direito da Moda. Constatase faticamente uma ineficácia preventiva das normas infraconstitucionais hoje existentes no que se refere à proteção e punição.

No primeiro capítulo será analisado até que ponto a ausência de legislação específica desse ramo do Direito prejudica a resolução justa e eficiente dos conflitos, defendendo a necessidade de um código ou legislação específica para esse ramo, na medida em que sua ausência prejudica a padronização das decisões, já que algumas se

baseiam na proteção por direito autoral, e outras, na proteção por propriedade industrial, o que muitas vezes leva a decisões conflitantes.

O segundo capítulo trará uma comparação do modelo de proteção brasileiro com o sistema norte-americano do *copyright*, trazendo as principais diferenças. Será utilizado o Direito Comparado para demonstrar a insuficiência e ineficiência da proteção conferida pela legislação brasileira frente à proteção do ordenamento norte-americano.

No último capítulo o foco será a efetividade das sanções aplicadas pelo Direito Penal. Será demonstrada a ausência de efetividade do Direito Penal frente ao Direito da Moda, na medida em que as sanções aplicadas são brandas e sem caráter repressivo.

A pesquisa em questão será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, na medida em que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Assim, a abordagem desta pesquisa será qualitativa, valendo-se da bibliografia pertinente à temática em foco para sustentar a sua tese.

1. A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA DO DIREITO DA MODA FRENTE AO DIREITO BRASILEIRO

Por não possuírem legislação específica as questões da moda, no Brasil, são tuteladas pela Propriedade Intelectual que se divide em dois ramos: Direito Autoral e Propriedade Industrial.

O Direito Autoral encontra previsão na Lei nº. 9.610/98¹ que trata da estética e se aproxima do sentimento artístico do homem, já a Propriedade Industrial encontra-se na Lei nº. 9.279/96² que visa à proteção das criações que têm fins econômicos, utilização doméstica e objetivos práticos econômicos.

No Direito de Autor protegem-se as criações estéticas (de arte), no de Propriedade Industrial são amparadas as de caráter utilitário (de aplicação industrial), mas quando combinadas no uso empresarial, para a identificação de empresas e de produtos, opera-se a sua interação, passando a criação a gozar da dupla proteção, quando destacável cada aspecto.

¹ 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: 14 out. 2019.

² BRASIL. *Lei nº. 9.279*, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 14 out. 2019.

Em relação à possibilidade de impedir terceiros, não autorizados, de reproduzir e explorar economicamente o objeto da proteção, ambos os direitos se assemelham.

Por lidarem com objetos de *design*, obras de arte e produtos industriais, que remetem à criatividade do estilista, há a possibilidade de a proteção às criações de moda se dar tanto pela Propriedade Industrial quanto pelo Direito do Autor, gerando decisões não padronizadas e muitas vezes conflitantes.

O Direito Autoral é o direito que o autor tem de usufruir os benefícios resultantes da sua criação, ou seja, é o direito concedido ao autor da obra científica, literária ou artística de vincular seu nome à criação e reproduzi-la ou dispor da forma que melhor lhe convier. A doutrina o divide em duas vertentes, o aspecto moral e o aspecto patrimonial da criação.

O primeiro surge da relação criação/criador, diretamente vinculado à pessoa do autor, conectando de forma objetiva o direito à integridade e à paternidade da obra. Portanto, é um direito personalíssimo, irrenunciável, impenhorável e absoluto do autor, não possuindo limite de tempo de vigência.

O segundo tem natureza de direito real e se refere ao direito monetário do autor da obra, podendo ser transferido, visto que o criador tem liberdade de repassar ou não seu direito a terceiros, durando por toda a vida do criador e, após sua morte, por mais setenta anos.

Nesse sentido, o caráter dúplice da proteção por direito autoral, que abrange tanto os direitos patrimoniais quanto os extrapatrimoniais, mostra-se vantajosa em relação às demais formas de proteção da Propriedade Intelectual.

As criações de moda, apesar de se afinarem com o conceito de obra de arte, apresentam características únicas, visto que se restringem às necessidades do mercado onde a forma deve atender às expectativas estéticas do consumidor e ainda ser viável para reprodução rápida e em grande escala. Apesar desse aspecto industrial da produção de moda, ainda é pertinente sua tutela pelo direito do autor, pois a utilidade de certa obra não exclui necessariamente seu caráter artístico.

Um dos *leading cases* mais famosos relativo a direito autoral e direito da moda foi o que se deu entre a grife francesa *Hèrmes Internacional* e a empresa brasileira *Village 284*³ que, ao lançar uma coleção intitulada *I'm not the original*, trazia uma bolsa

³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Embargos de Declaração n.º 0063548-19.2011.8.26.0000*. Relator: Desembargador Antonio Vilenilson. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.codigo=R1000SQXB12KW>>. Acesso em: 14 out. 2019.

com design idêntico ao da *Birkin bag* da *Hermes*. Nesse caso, foi reconhecida a proteção por direito autoral, determinando a paralisação da produção e da comercialização da bolsa pela Village 284.

A indústria da moda teve o reconhecimento da viabilidade de proteção de produtos por direito autoral em diversos casos, dentre eles, João Batista Castilhos da Rocha vs. Arezzo²²⁴ e Gilson Pereira Martins (G Blues Indústria e Comércio) vs. C&A²³⁵. Em todos esses casos, os objetos da disputa eram criações artísticas singulares. João Batista desenvolvia artefatos pela técnica de marchetaria, na qual utilizava instrumentos de sua própria criação. Já Gilson Pereira criava bolsas de *designs* inusitados, como boca e chinelo. Em sede de contestação foi arguida a inaplicabilidade do direito de autor, por se tratar de criações utilitárias ou não exclusivas. Ambas as sentenças reconheceram o caráter artístico dos produtos, bem como sua originalidade, viabilizando a proteção por direito autoral.

Já no caso *Puket* (IMB Têxtil) vs. C&A²⁴⁶, a requerente alegou violação ao direito autoral por confecção de linha de lingerie e meias com estampas de “carinhas estilizadas”. As decisões proferidas em primeiro e segundo grau refutaram a possibilidade de se tutelar o direito autoral, na medida em que inexistia originalidade, tratando-se de mera tendência do mercado.

O direito da propriedade industrial é um conjunto de princípios reguladores das proteções às criações intelectuais no campo técnico, com o objetivo de difusão tecnológica e garantia de exploração exclusiva por seus criadores, possuindo, portanto, natureza jurídica patrimonial. São quatro os bens imateriais protegidos pelo mesmo: a patente de invenção, o modelo de utilidade, o registro de desenho industrial e a marca.

O instituto da patente é aplicado à indústria da moda de forma limitada à composição e processos de fabricação inerentes à matéria-prima (tecidos, peças metálicas, acessórios, dentre outros). Levando-se em conta os requisitos indispensáveis da novidade, aplicabilidade industrial e atividade inventiva, somente esses produtos

⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Processo n.º 70034888503*. Relator: Desembargador Carlo Cini Marchionatti. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> . Acesso em: 10 set. 2019.

⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo n.º 0072174-63.2004.8.19.0001*. Relator: Desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2005.002.00982>>. Acesso em: 12 out. 2019.

⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo n.º 9111351-15.2006.8.26.0000 (994.06.035654-0)*. Relator: Desembargador Jesus Lofrano. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RMZ00NTTM0000>>. Acesso em 10 set. 2019.

seriam capazes de obter uma carta-patente, o que justificaria o investimento em um processo longo, demorado e dispendioso, que em geral não se amolda à dinâmica do segmento da moda.

A OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual⁷ define o desenho industrial como o principal método de proteção de artefatos de moda por tutelar o aspecto ornamental de caráter estético, adequando-se às necessidades do ramo, levando em conta os requisitos de originalidade e novidade.

Não obstante, há vedação legal ao registro de formas necessárias ou comuns dos objetos, o que pode se mostrar inviável em um contexto tão utilitário quanto o da moda.

Além disso, apesar de relativamente mais simples, rápido e barato que o processo de registro de patente, o processo de registro de desenho industrial mostra-se inadequado a uma indústria tão dinâmica e volátil quanto a da moda.

O instituto da marca, por sua vez, possui ampla aplicabilidade à indústria da moda. Aplica-se em relação à empresa em si e seu conteúdo por meio das marcas nominativas, figurativas e mistas, bem como aos produtos particulares pelas marcas tridimensionais.

Assim, para que se defina a forma de proteção mais adequada é imprescindível a análise do objeto que se pretende proteger, assim como a sua função. A propriedade Intelectual será adequada para proteção de matéria-prima ou processo de produção inovador, enquanto o Direito Autoral amolda-se aos casos de produto final de caráter artístico, criativo e original.

Em razão da ausência de legislação própria, os Tribunais ainda não possuem um entendimento consolidado acerca do Direito do Autor e da Propriedade Intelectual na moda, cabendo à discricionariedade do julgador quanto à adequação ou não desses institutos, o que fica evidente após a análise das diversas decisões conflitantes proferidas. Mostra-se cada vez mais a necessidade de uma legislação específica sem margem para interpretação e discricionariedade do órgão julgador como forma de padronizar e solucionar as questões atinentes ao Direito da Moda.

⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Industrial Design and their relation with works of applied art and three-dimensional marks*. Disponível em: <www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_6.doc>. Acesso em: 19 de ago. 2019.

2. A COMPARAÇÃO COM O MODELO DE PROTEÇÃO NO SISTEMA NORTE-AMERICANO DO *COPYRIGHT*

De origem anglo-saxônica e centrado no Direito de reprodução da obra esse modelo surgiu em 1709 com o *Statute of Anne* (estatuto da Rainha Ana). Nessa época, as obras literárias começaram a ser produzidas em escala industrial o que levou a uma crescente necessidade de proteção econômica. O Estatuto concedia direitos exclusivos de reprodução de determinada obra por um lapso temporal de quatorze anos, podendo ser prorrogado por igual período.

O *copyright* surge centrado no direito de reprodução dos exemplares da obra intelectual, ou seja, no objeto. Nele, a indústria da moda se baseia na cópia de modelos europeus.

Existe, no entanto, um projeto de lei para proteger as criações de moda. É o Innovative Design Protection and Piracy Prevention Act – IDPPPA, apoiado por juristas e estilistas como Susan Scafidi e Diane Von Fustenberg. Para seus defensores, quanto maior for a proteção maior será a inovação já que ao invés de copiar uma determinada roupa os concorrentes teriam que criar versões significativamente diferentes e o consumidor teria então, um número bem maior de opções à sua disposição.

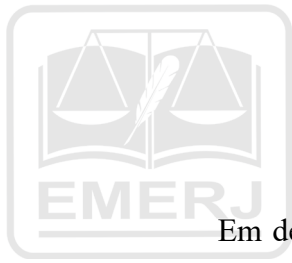
Em razão do modelo *copyright*, é absolutamente comum a cópia de produtos de moda nos Estados Unidos, o que é visto como uma prática usual em razão dos desenhos da indústria da moda receberem pouca ou nenhuma proteção.

Numa breve síntese do que explicou Strowel⁸ o *copyright* seria: um direito positivo e do empresário, que visa um monopólio legal com justificção econômica. Há a preeminência do interesse do público, além de prerrogativas exclusivamente econômicas e curta duração da proteção que se inicia com a publicação da obra.

No Brasil, as questões da moda são tuteladas pela Propriedade Intelectual, que se divide em dois ramos: Propriedade Industrial, que visa à proteção das criações que têm fins econômicos, utilização doméstica e objetivos práticos econômicos; e Direito Autoral, que trata da estética e aproxima-se do sentimento artístico do homem.

A Propriedade Intelectual encontra-se disciplinada na Constituição Federal e nas leis nº. 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial) e nº. 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais).

⁸ STROWEL, Alain. *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences*. Bruxelles: Bruylant et Paris, L.G.D.J., 1993, p.225.



Em definição elaborada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, entende-se como⁹:

A soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas, e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiofusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Segundo Carlos Alberto Bittar¹⁰:

Na regulação dos direitos sobre a obra industrial, a proteção fixada objetivou a aplicação do produto final na consecução de utilidades, ou na solução de problemas técnicos, relacionando-se no processo de produção e expansão da economia, sob a égide de um regime de concorrência desleal. Vincula-se, pois, mais a interesses técnicos, econômicos e políticos, amparando, de um lado, o produto industrial, e impedindo, de outro, a concorrência desleal. Assim, na obra intelectual resguardam-se mais os interesses do autor, com os reflexos econômicos e sociais daí decorrentes, enquanto na obra industrial o objetivo último é o aproveitamento, pela coletividade, da utilidade resultante.

O direito da propriedade industrial é preceito constitucional previsto no art. 5º, XXIX¹¹. É um conjunto de princípios reguladores das proteções às criações intelectuais no campo técnico, com o objetivo de difusão tecnológica e garantia de exploração exclusiva por seus criadores.

Pela definição da Convenção de Paris de 1883¹²:

É o conjunto de direitos que compreende as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.

No Brasil, esse direito é regulado pela Lei nº. 9.279/96, conhecida como Código da Propriedade Industrial, e o objeto tutelado tem natureza jurídica patrimonial.

⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. op. cit. nota 7.

¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2005, p. 5.

¹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2019.

¹² BRASIL. *Convenção de Paris*. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/cup.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

O Direito Autoral por sua vez, é o direito que o autor tem de usufruir dos benefícios resultantes da sua criação, ou seja, é o direito concedido ao autor de obra científica, literária ou artística de ligar seu nome a sua criação e reproduzi-la ou dispor da forma que melhor lhe atender.

Segundo Carlos Alberto Bittar¹³ é o “ramo do direito privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências.”.

Já para José de Oliveira Ascensão¹⁴:

O Direito do Autor é justificado pela tutela da criação e não pela repressão da imitação. A repressão da imitação poderá fazer-se por recurso a vários ramos do direito, como a concorrência desleal. Só entra, porém no domínio do Direito do Autor quando o objeto da imitação for uma verdadeira obra literária ou artística. Desse modo se visa compensar o autor pelo contributo criativo trazido à sociedade. Por isso esta aceita o ônus que representa a imposição do exclusivo.

Este se encontra previsto na Constituição em seu art. 5º, XXVII e XXVIII¹⁵ e regulamentado pela Lei nº. 9.610/98.

Percebe-se então que a lei autoral não se preocupa com o mérito da obra, mas tão somente com a presença ou não da originalidade, ou seja, não leva em conta o caráter qualitativo da mesma protegendo qualquer produção do intelecto humano.

A originalidade que o direito do autor exige nas criações de moda é a impressão da personalidade do autor na sua criação artística, ou seja, para ser original basta que haja um novo olhar original, ainda que inspirado por obras já existentes.

As criações de moda apesar de se afinarem com o conceito de obra de arte apresentam características únicas, visto que se restringem às necessidades do mercado onde a forma deve atender as expectativas estéticas do consumidor e ainda ser viável para reprodução rápida e em grande escala.

Apesar deste aspecto industrial da produção de moda ainda é pertinente sua tutela por direito do autor, pois a utilidade de certa obra não exclui necessariamente seu caráter artístico.

¹³ BITTAR, op. cit., p. 8.

¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1997, p. 3.

¹⁵ BRASIL. op. cit. nota 11.

Em razão das criações de moda lidarem com objetos que tanto podem ser obras de arte, como produtos industriais e do design remeter à criatividade do estilista, há a possibilidade de proteção pela propriedade industrial e pelo direito do autor.

No entanto, essa dupla proteção só se aplica se a criação possuir os requisitos exigidos pelos direitos de propriedade industrial e do autor.

Para Bittar¹⁶:

Significa que um bem estético pode, ao mesmo tempo, servir a sensibilização e a fins utilitários, sem perda de suas condições intrínsecas e sem qualquer conflito entre os sistemas em interação, que, ao revés, se completam, como na hipótese vertente, na qual forma artística gerou produto industrial, destinado a fins de comercialização, mas também de sensibilização.

E vai mais além ao afirmar que no Direito de Autor protegem-se as criações estéticas (de arte), no de Propriedade Industrial são amparadas as de caráter utilitário (de aplicação industrial), mas quando combinadas no uso empresarial, para a identificação de empresas e de produtos, opera-se a sua interação, passando a criação a gozar da dupla proteção, quando destacável cada aspecto.

Ambos os direitos são similares em relação a conferir ao autor a possibilidade de impedir terceiros não autorizados a reproduzir e explorar economicamente o objeto da proteção.

3. ANÁLISE ACERCA DA EFETIVIDADE DAS SANÇÕES APLICADAS PELO DIREITO PENAL

Na indústria da moda, o estilista/criador está sujeito à violação do direito de propriedade sobre suas próprias criações, em razão da moda ser efêmera e pautada no fenômeno da obsolescência induzida.

Na legislação brasileira, esses crimes contra a propriedade intelectual estão previstos na parte especial do Código Penal, e nas leis de direitos autorais - Lei nº. 9.610/98 - e da propriedade industrial - Lei nº. 9.279/96. Neles estão tipificadas as sanções cíveis e penais, além de diversos delitos contra as patentes, marcas, desenhos industriais, entre outros.

Os crimes mais comuns e que geram confusão quanto a sua prática são o plágio e a contrafação. Enquanto no primeiro, a pessoa apresenta como sendo sua obra de

¹⁶ BITTAR, op. cit., p. 134-136.

terceiro, sem fazer qualquer menção à fonte criadora, no segundo ocorre a reprodução mecânica para fins de proveito econômico, sem que haja autorização do criador.

O crime de contrafação das criações da moda é o mais frequente enfrentado pelas marcas e estilistas, e isto se explica pelos recorrentes casos de pirataria e concorrência desleal por imitação servil.

Segundo a Organização Mundial de Propriedade Intelectual¹⁷ a contrafação é a reprodução idêntica ou passível de confusão de uma marca, sem a autorização de seu titular. A Comissão Européia, por sua vez, elaborou conceito mais amplo, entendendo contrafação como toda forma ilegal de reprodução, idêntica ou quase idêntica, de produtos ou sinais protegidos por direitos da propriedade intelectual.

Já para Caldas Barros¹⁸ “é o ato de falsificar produtos, valores, assinaturas, de forma que se iludam as pessoas quanto a sua autenticidade ou mediante a violação de direitos autorais sobre obras científicas, literárias e artísticas.”

Esse crime está tipificado no art.184 do Código Penal¹⁹, que trata da violação de Direito Autoral e consiste em transgredir, falsificar ou ofender o mesmo. O bem jurídico tutelado é a propriedade intelectual do autor, independente de registro da obra.

A violação desse direito pode ocorrer de diversas formas, tanto na reprodução não autorizada da obra, quanto na comercialização não autorizada dos objetos originais.

Para que seja confirmada a contrafação é necessária a comparação entre a obra original e a supostamente contrafeita, utilizando-se de critérios norteadores para constatar ou não a presença de características que justifiquem a acusação.

O elemento subjetivo desse crime é, portanto, o dolo, ou seja, a vontade consciente e voluntária de violar direito autoral alheio. Além da intenção em lesar, também deve haver a auferição de lucro com a reprodução não autorizada, por comércio direto ou venda primária, considerados qualificadores do crime.

A lei penal se restringe a condenar a violação dos direitos do autor sem defini-lo, o que será feito nas leis civis específicas - 9.610/98 e 9.279/96.

Na Lei nº. 9.610/98, as sanções às violações dos direitos autorais estão previstas a partir do art.101²⁰. Este estabelece que as sanções civis previstas nos

¹⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. op. cit. nota 9.

¹⁸ BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de direito da propriedade intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p.285.

¹⁹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2019.



dispositivos que o seguem se aplicam sem prejuízo das penas previstas no Código Penal. Isso deixa clara a intenção do legislador em punir em todas as esferas o contrafator que viola o direito intrínseco do criador, devendo este além de cumprir a sanção penal indenizar todo o prejuízo causado ao titular do direito.

O art.102²¹, da Lei nº. 9610/98 confere ao autor o direito de busca e apreensão do material contrafeito e na hipótese deste não ser encontrado, mas confirmada a sua ocorrência, subsiste o direito à indenização.

Havendo a apreensão as mercadorias passam à propriedade do autor que terá o direito à restituição do valor arrecadado com a comercialização dos objetos contrafeitos. Na hipótese de não ser possível mensurar a quantidade dos mesmos, o contrafator será obrigado a pagar um valor equivalente a três mil exemplares, conforme dispõe o art.103²².

A autoridade judicial ao ser acionada pelo autor após o conhecimento da utilização fraudulenta de sua obra, deve determinar a suspensão imediata ou interrupção da atividade contrafatora com multa diária por descumprimento da decisão. Caso o réu seja reincidente nesse tipo de crime a multa pode ser aumentada em até o dobro.

A sentença condenatória determinará a destruição dos exemplares e demais elementos utilizados para praticar o ilícito civil, bem como o perdimento de máquinas, equipamentos e insumos destinados à fabricação e comercialização destes.

A Lei nº. 9279/96²³ - Lei de Propriedade Industrial - elenca os tipos de crimes contra a propriedade industrial, ou seja, contra patentes, desenhos industriais, marcas, indicações geográficas e de concorrência desleal.

Para se configurar a contrafação da patente, não é necessário que a imitação da peça seja idêntica e perfeita, basta que sejam reproduzidos os elementos principais do objeto patentado. Essa reprodução pode ser total ou até mesmo parcial, desde que a cópia tenha elementos caracterizadores da patente.

Na maioria das vezes é impossível para o titular da patente localizar o contrafator primário, apenas conseguindo identificar os revendedores. A repressão a estes acaba por ser a única maneira de evitar os prejuízos provocados pela falsificação de seus produtos.

²⁰ Art. 101. As sanções civis de que trata este Capítulo aplicam-se sem prejuízo das penas cabíveis. BRASIL, op. cit, nota 1.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ BRASIL, op. cit, nota 2.

Pensando nisso o art.184²⁴ da lei determina que a responsabilidade pelo crime de contrafação não recai apenas sobre quem, sem permissão, fabrica o objeto patenteado. Estende-se também aos indivíduos que o estocam, vendem, expõem ou oferecem à venda, importam ou exportam e ocultam ou recebem, para fins econômicos sem a autorização do titular da patente.

A contrafação, portanto, é verificada na comparação das semelhanças entre os objetos e não nas suas diferenças. Dependendo do nível de imitação recai sobre o contrafator o crime de concorrência desleal por desvio de clientela, previsto no art.195²⁵ e que consiste em aliciar clientela de outrem por meios fraudulentos.

Por meios fraudulentos entende-se a imitação servil, que é a cópia fiel e não autorizada de peças de outrem, ou o parasitismo, imitação dos desenhos, aproveitamento de pesquisas e estudos, e adoção da mesma estratégia publicitária.

Nesse contexto, observa-se que as sanções aplicadas pelo Direito Penal não são efetivas, visto que servem apenas como regra geral. Além disso, as medidas a serem tomadas pelo juiz no curso do processo, previstas nas Leis específicas, satisfazem, imediatamente, o interesse do Autor de fazer cessar a violação ao seu direito, mostrando-se mais eficazes.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto pode-se afirmar que a moda é inerente à sociedade capitalista contemporânea e em razão da sua dinâmica, caracterizada pela volatilidade e pela acessibilidade, constantemente estamos diante de consumo, o que leva a lidar frequentemente com as mudanças e com o crescimento do mercado/indústria da moda,

Nesse contexto de globalização da moda surge o *Fashion Law*. Com o objetivo de regular e proteger não só as criações de moda, mas também os estilistas que deram “vida” a estas, uma vez que aumentam as ocorrências de agressivas disputas entre os concorrentes nesse mercado.

Embora já consolidada nos principais mercados de moda, como no norte-americano do *copyright*, no Brasil o Direito da Moda ainda está em fase inicial de desenvolvimento, o que demonstra uma clara insuficiência e ineficiência da proteção conferida pela legislação brasileira.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

A legislação brasileira prevê a tutela das criações de moda pelo direito de propriedade industrial ou pelo direito autoral, no entanto ainda há dúvidas quanto a sua aplicação o que demanda maiores discussões acerca deste tema, prejudicando a resolução justa e eficiente dos conflitos.

Na ausência de legislação própria e específica os Tribunais Superiores vêm, casuisticamente, utilizando-se de certa discricionariedade acerca da aplicação ou não do Direito do Autor e da Propriedade Intelectual nas questões atinentes à moda o que ocasiona diversas decisões conflitantes, impedindo a consolidação de um entendimento sobre o tema.

A lei penal se restringe, apenas, a condenar a violação dos direitos do autor deixando de defini-la, o que será feito pela legislação civil.

Assim, as sanções aplicadas pelo Direito Penal se mostraram não efetivas, na medida em que servem apenas como regra geral, sendo consideradas brandas e sem caráter repressivo.

Além disso, na maioria das vezes, são substituídas por medidas previstas na legislação civil (Lei nº. 9.610/98 e Lei nº. 9.279/96) e efetivadas por tutelas provisórias e cautelares tomadas pelo Juízo no curso do processo.

Este trabalho pretendeu demonstrar a possibilidade, importância e necessidade da tutela da moda, bem como seus benefícios para o estilista/criador, para o mercado de consumo e para o consumidor.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de direito da propriedade intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2005.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2019.

_____. *Convenção de Paris*. Disponível em: < <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/cup.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. *Lei n.º 9.279*, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. *Lei n.º 9.610*, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo n.º 0072174-63.2004.8.19.0001*. Relator: Desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2005.002.00982>>. Acesso em: 12 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Processo n.º 70034888503*. Relator: Desembargador Carlo Cini Marchionatti. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>> . Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Embargos de Declaração n.º 0063548-19.2011.8.26.0000*. Relator: Desembargador Antonio Vilenilson. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.codigo=R1000SQXB12KW>>. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo n.º 9111351-15.2006.8.26.0000 (994.06.035654-0)*. Relator: Desembargador Jesus Lofrano. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RMZ00NTTM0000>>. Acesso em: 10 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Industrial Design and their relation with works of applied art and three-dimensional marks*. Disponível em: <www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_6.doc>. Acesso em: 19 de ago. 2019.

STROWEL, Alain. *Droit d'auteur ET copyright, divergences et convergences*. Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 1993.



A VIOLAÇÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE COMO FONTE SUFICIENTE CAPAZ DE GERAR REPARAÇÃO POR DANO MORAL AO CONSUMIDOR ENQUANTO VULNERÁVEL

Iuri de Oliveira Araujo Soares

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo –Após a constituição de 1988, a relação entre fornecedores e consumidores passou a receber tratamento especial em razão de mandamento constitucional. A defesa do consumidor passou a ser considerada princípio da ordem econômica, razão pela qual foi concretizado bloco de normas de diferentes naturezas para a proteção dos consumidores: o Código de Defesa do Consumidor. A vulnerabilidade do consumidor pode ser constatada no cotidiano, mas também foi consignada na Carta Magna pelo legislador originário. A partir dessa perspectiva, todo o complexo normativo deve ser interpretado à luz do parâmetro constitucional que indica a vulnerabilidade do consumidor. Nesse sentido, a existência de violação a direito da personalidade do consumidor, o que enseja condenação em danos morais, deve ser analisada a partir de técnicas de interpretação normativas harmônicas com os princípios gerais da atividade econômica, sobretudo a defesa do consumidor.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Dano Moral. Teoria Subjetiva. Teoria Objetiva. Aborrecimento. A quantificação do dano moral.

Sumário – Introdução. 1. O âmbito atual dos direitos da personalidade. 2. Dano moral: debate sobre as teorias objetivas e subjetivas do dano moral. 3. A norma consumerista protetiva e os consequentes parâmetros para a condenação e para a quantificação do dano moral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado discute o tema da reparação por dano moral nas relações consumeristas. Trata-se de atual discussão doutrinária e jurisprudencial, como pode ser observado pelo recente cancelamento do verbete de n.º 75, da Súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e pelos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que sinalizam a perda do tempo útil como ocasionador do dano moral.

O tema envolve a distinção das teorias objetiva e subjetiva do dano moral e a ponderação acerca da melhor aplicação das teorias quando presente uma relação de consumo. Por esse motivo, discorre-se acerca dos reflexos patrimoniais da natureza compensatória do dano moral e das consequências práticas que os referidos reflexos trazem para o judiciário.

Procura-se demonstrar que o parâmetro para o provimento jurisdicional da condenação por dano moral nas relações de consumo é a violação ao direito da personalidade,

devendo o juiz valorar os sentimentos negativos vivenciados pela vítima do dano moral apenas no momento de quantificar patrimonialmente a compensação pecuniária que será devida em virtude do injusto.

Para tanto, inicia-se o primeiro capítulo apresentando a discussão doutrinária acerca das naturezas compensatória e punitiva da reparação pelo dano moral à vítima. Discute-se sobre o que caracteriza o distanciamento do dano material para o dano imaterial.

Segue-se, no segundo capítulo, com a análise da distinção entre as teorias objetiva e subjetiva do dano moral e como cada teoria foi encampada pelos lados opostos nas lides consumeristas travadas judicialmente. De um lado estaria a indústria do dano moral e, de outro, os abusos cometidos pelos grandes fornecedores.

O terceiro capítulo aborda a origem constitucional do diploma legal consumerista que surge com a finalidade de proteger a parte vulnerável dessas relações. Diante do panorama apresentado, procura-se correlacionar a proteção constitucional e legal dada ao consumidor com a identificação da simples violação a direito da personalidade como fonte suficiente capaz de gerar reparação por dano moral.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, a qual acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las por meio de argumentos.

Nesse sentido, 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 REFLEXOS ECONÔMICOS OPACOS DO DANO NA RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA

O dano moral e o dano patrimonial são espécies do gênero dano. Por sua vez, o dano é um dos elementos que compõe a responsabilidade civil, a qual, afirma Tartuce¹, surge “em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”.

¹TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 515.



Por outro lado, a origem da responsabilidade nasce² “no sentido moderno da expressão, compreendida como obrigação de restituir ao ofendido uma soma em pecúnia com a função de sancionar o ofensor e satisfazer o ofendido”.

A fim de encerrar as controvérsias acerca do dano moral e do dano patrimonial, é preciso, portanto, recorrer ao conceito da responsabilidade civil. Para tanto, um conceito analítico satisfaz os interesses do presente trabalho, devendo-se atentar principalmente ao dano e à culpa como elementos da responsabilidade civil.

No que tange ao dano ou prejuízo, entende-se que, em regra, não há responsabilidade civil sem danos, podendo estes se apresentarem como dano patrimonial ou dano extrapatrimonial.

Assim, na análise da responsabilidade civil, deverá ser observado, a princípio, se o prejuízo sofrido pela vítima de uma violação atingiu o patrimônio corpóreo dela, havendo repercussão econômica direta a partir da violação. Verifica-se, assim, o que efetivamente a vítima perdeu e o que deixou de lucrar a partir do evento danoso.

Trata-se de uma primeira análise acerca dos danos patrimoniais ou materiais sofridos pela vítima. A repercussão econômica direta do dano pode ser melhor visualizada por meio de exemplos, tais quais: os estragos causados a um automóvel a partir de um acidente de trânsito ou até mesmo o que um eventual taxista deixou de lucrar em razão do mencionado evento danoso, tendo em vista que o seu ofício depende diretamente das boas condições do veículo. No primeiro caso, apresenta-se o dano emergente e, no último, os lucros cessantes.

Nos casos exemplificados, a análise do dano é feita por meio de uma observação que atinge diretamente o patrimônio da vítima do evento danoso, visto que serão verificados os valores a serem pagos para realizar o conserto do veículo, por exemplo, e os valores a serem pagos como indenização em razão de o taxista ter deixado de exercer o seu ofício.

Reitera-se, portanto, a existência da repercussão econômica direta do dano nesses casos, isto é, nota-se a perda patrimonial que a vítima se sujeitou em razão do dano patrimonial que lhe fora causado.

Todavia, na análise do dano sofrido pela vítima, também pode se constatar a existência de um dano imaterial a ser reparado. Para tanto, o ordenamento jurídico pátrio garante a proteção aos direitos da personalidade que, de acordo com o Enunciado de n.º 274,

²FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil 3: responsabilidade civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 27.

do CJF/STJ³, tem origem na cláusula geral da tutela da pessoa humana, consignada no inciso III do artigo 1.º da Constituição. Trata-se de proteção com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o dano moral se apresenta como lesão ao direito da personalidade da vítima, aquele sem relação direta com o seu patrimônio, mas com relação aos aspectos pessoais da sua personalidade, conforme aponta a própria denominação.

A partir da doutrina clássica, os direitos da personalidade, segundo Tartuce⁴:

[...] têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo. O que se busca proteger com tais direitos são os atributos específicos da personalidade, sendo esta a qualidade do ente considerado pessoa. Em síntese, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade.

O artigo 12⁵, do Código Civil, prescreve que a violação à direito da personalidade possibilita a reclamação por perdas e danos, além da possibilidade de serem aplicadas demais sanções legais. Trata-se de disposição em consonância com os incisos V e X do artigo 5.º⁶ da CRFB/88, dispositivos responsáveis por apresentar hipóteses de indenização por violação a direito de natureza imaterial.

Verifica-se, portanto, que a lesão à direito imaterial gera o direito à reparação.

Fala-se em reparação do dano moral, e não ressarcimento, justamente a fim de se afastar a repercussão econômica direta do dano, característica essa, como dito, dos danos patrimoniais. É reparação, uma vez que o objetivo da indenização é o de atenuar, no que for possível, as consequências do prejuízo imaterial.

No dano moral, não está presente a finalidade de acréscimo patrimonial da vítima, até porque não há relação de diminuição de seu patrimônio quando suportado o dano. Nota-se, por exemplo, que não há incidência do imposto de renda sobre o valor recebido a título de dano moral. O que se pretende no provimento jurisdicional da condenação por dano moral é a compensação pelos males suportados pela vítima aos seus direitos da personalidade.

Por isso, quando da análise do dano moral, o ponto principal a ser verificado é a forma pela qual o direito da personalidade da vítima teria sido violado. Constatada a violação, quantifica-se determinado valor como forma de se compensar a violação suportada pela

³BRASIL. *Enunciado n.º 274, do CJF/STJ, da IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 25 abr. 2019.

⁴TARTUCE, op. cit., p. 102.

⁵BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 09 set. 2019.

⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 09 set. 2019.



vítima. Por outro lado, no provimento jurisdicional de condenação por dano material, verifica-se de que forma teria ocorrido o decréscimo patrimonial suportado pela vítima.

Contudo, apesar do exposto, é um paradoxo a afirmação de que o dano moral não tem repercussão econômica, uma vez que o responsável pela violação deverá, na prática, desembolsar determinada quantia a fim de reparar os danos suportados pela vítima.

Por sua vez, apesar de não haver finalidade de acréscimo patrimonial direto quando do recebimento da verba compensatória a título de indenização por dano moral, o que efetivamente ocorre no patrimônio da vítima é o seu acréscimo em termos de quantificação. Ressalte-se que não se discute o caráter compensatório do dano moral.

Explica-se: a vítima de violação de direito da personalidade tinha R\$100,00 como patrimônio antes da violação. A violação, em si, não tem repercussão econômica direta, uma vez que não há decréscimo de seu patrimônio. O ponto principal é a violação de direito da personalidade. Não há dano emergente, não há lucro cessante.

No entanto, em que pese ser ausente a finalidade de acréscimo patrimonial da vítima e ser de natureza compensatória o dano moral, a partir da compensação o patrimônio de R\$100,00 será, por exemplo, de R\$110,00.

O que se pretende demonstrar é que, na análise do dano moral, não se busca a repercussão econômica direta que o dano teria gerado, como, por exemplo, o valor a ser gasto com a avaria no veículo que deverá ser levado ao mecânico. Mas isso não anula os aspectos práticos e econômicos reflexos que envolvem as indenizações por dano moral.

São numerosas e cada vez mais frequentes as relações de consumo realizadas entre fornecedores e consumidores. Essas relações, tendo em vista a complexidade do estado atual da sociedade, muitas vezes se desencadeiam no Poder Judiciário, sendo este o responsável pela pacificação social. Vez ou outra, o arbitramento do dano moral acaba por levar em consideração o aspecto econômico que estrutura a relação das grandes empresas com os consumidores.

A maior dificuldade na obtenção do provimento de condenação por danos morais ou até mesmo o *quantum* indenizatório em menores valores pode, às vezes, ter fundamento no afastamento de um eventual movimento conhecido como indústria do dano moral. Por outro lado, a violação recorrente aos direitos dos consumidores praticada pelos fornecedores pode ser levada em consideração nos Tribunais.

A análise desse aspecto econômico é preocupante, uma vez que pode adicionar elementos estranhos à responsabilidade civil. Ademais, o juiz pode acabar se afastando do papel jurisdicional e adentrar em um papel reservado ao legislador quando da criação da lei.

Nesse sentido, a violação ao direito da personalidade deve ser, por si, suficiente para gerar a condenação por dano moral. A parte mais importante, portanto, no provimento jurisdicional da condenação por dano moral é a análise de como se deu a violação e qual o direito da personalidade fora violado. Essa análise, então, deve levar em consideração os aspectos específicos normativos que envolvem as relações de consumo.

2. O DANO MORAL COMO LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE E A INTERPRETAÇÃO DO MAGISTRADO

A premissa de que o dano moral estará caracterizado quando da lesão a direito da personalidade parece ser de uma clareza tão evidente que na verdade esconde todo um contexto complexo a ser enfrentado pelo magistrado.

A consolidação da referida premissa se deu com a evolução do entendimento acerca do dano moral. De acordo com Marcos Dessaune, essa evolução superou algumas outras premissas equivocadas, dentre elas⁷:

A primeira de tais premissas é que o conceito de dano moral enfatizaria as consequências emocionais da lesão, enquanto ele já evoluiu para centrar-se no bem ou interesse jurídico atingido; ou seja, o objeto do dano moral era a dor, o sofrimento, a humilhação, o abalo psicofísico, e se tornou qualquer atributo da personalidade humana lesado.

Tratar-se-ia da teoria objetiva do dano moral, fundada na violação a direito da personalidade. De fato, maiores tecnicidade e objetividade são de grande importância no momento do enfrentamento do caso em concreto pelo juiz natural.

Em que pese o exposto, é importante analisar profundamente de que modo a teoria objetiva do dano moral pode ser mais bem aplicada em sede jurisdicional. Isso porque, a violação a direito da personalidade nem sempre é tão nítida e fácil de ser enfrentada. Como exemplo, é a violação à honra do particular.

Para tanto, é importante reconhecer que a aplicação da teoria objetiva do dano moral também tem como intuito zelar por maior segurança jurídica. As referências técnicas diminuem a margem de discricionariedade do juiz, o qual, eventualmente, ao prestigiar uma análise subjetiva, pode atuar de forma incoerente ou mesmo arbitrária.

⁷DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Espírito Santo: [s. n.], 2017, p. 135-136.

Como função jurisdicional do juiz, tem-se a interpretação da norma a ser aplicada ao caso em concreto. Todavia, no que tange ao dano moral nas relações de consumo, viu-se, por exemplo, movimento jurisprudencial que, no entender atual, fundou-se em certa discricionariedade exacerbada do magistrado.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, editou o verbete de n.º 75, da Súmula do TJRJ, ora cancelado, com a seguinte orientação⁸: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.

A orientação jurisprudencial teve como fundamento argumentos que fogem à interpretação normativa, no que traduz uma atuação questionável e que, por isso mesmo, encaminhou-se para o cancelamento do referido verbete sumular.

Pela leitura do voto feito pelo Desembargador Relator do cancelamento do verbete de n.º 75, da Súmula do TJRJ, Exmo. Dr. Mauro Pereira Martins, percebe-se que a orientação jurisprudencial teve como fundamento aspecto alheio ao normativo, qual seja, o combate àquilo que ficaria conhecido informalmente como indústria do dano moral, conforme se vê⁹:

Por certo, dúvida não há de que, à época, tal verbete foi aprovado com o escopo não só de evitar a banalização do dano moral, de forma a deixar claro que não seria um simples dissabor da vida cotidiana, uma simples vivência desagradável, que geraria dano à esfera extrapatrimonial da pessoa, como também teve por objetivo frear a propositura de demandas indenizatórias totalmente descabidas, verdadeiras aventuras jurídicas, que somente buscavam a obtenção de lucros desmedidos, fundadas na alegação desvirtuada do aludido instituto, assoberbando, cada vez mais, o Judiciário.

Nota-se, portanto, que o subjetivismo na análise do dano moral pelo magistrado pode alargar de maneira incoerente e, de encontro ao 93, X, da CRFB/88¹⁰, a margem interpretativa para a caracterização da violação a direito da personalidade. O “mero aborrecimento”, nesse sentido, possibilitou tratamentos anti-isonômicos entre os jurisdicionados.

Por outro lado, como dito, em determinados momentos é realmente dificultosa a análise da violação a direito da personalidade, uma vez que saber, por exemplo, se a honra de

⁸BRASIL. *Verbetes de n.º 75, da Súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18187/sumulas.pdf?v=10>>. Acesso em: 09 set. 2019.

⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Administrativo n.º 0056716/18.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcache/web/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004117693CB361415B208422427FAD4C384C5093903234F&USER=>>>. Acesso em: 09 set. 2019.

¹⁰BRASIL. op. cit., nota 06.

uma pessoa foi violada, sugere interrelação com aspectos subjetivos. Não há como uniformizar características de violação à honra de particular, a não ser quanto a violações evidentes.

Percebe-se, a princípio, um impasse. A evolução doutrinária encaminhou a análise do dano moral de forma objetiva, evitando-se a análise de aspectos subjetivos por parte do juiz natural. Em contrapartida, o “mero aborrecimento” não seria totalmente extirpado da análise da violação do dano moral, conforme se vê no voto do relator do cancelamento do verbete de n.º 75, da Súmula do TJRJ¹¹:

Com efeito, cancelado o verbete sumular, caberá a cada magistrado, diante de cada caso concreto, analisar e definir se o inadimplemento, legal ou contratual, foi capaz de gerar dano – ou não – a quaisquer dos direitos da personalidade do contratante, dentre os quais, o seu tempo útil, apresentando a fundamentação pertinente, não restando afastada a possibilidade de concluir que o inadimplemento causou apenas mero aborrecimento, mas desde que, repita-se, fundamente tal conclusão.

Para solucionar o impasse não basta recorrer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade intrínsecos à própria razão de ser da atividade jurisdicional. A solução também não anula o espectro interpretativo do juiz na atuação da subsunção do caso concreto às normas do complexo constitucional normativo do Estado.

A análise da violação ao direito da personalidade deve ser feita objetivamente, mas por meio de uma interpretação teleológica, sistemática, e de acordo com os princípios da Carta Maior. Dessa forma, respeita-se a atribuição da atividade legislativa, seja ela originária ou decorrente, e não se extirpa o convencimento do juiz natural pacificador das relações sociais.

Em outras palavras, é preciso, de acordo com a premissa pela qual se entende que o dano moral é lesão à direito da personalidade, saber se houve, de fato, violação à direito da personalidade, a partir do conjunto normativo que tutela, no caso, os direitos do consumidor. Trata-se de interpretação que deve se alinhar com os princípios constitucionais, como um todo, e com o microssistema normativo das relações consumeristas.

Dessa forma, o subjetivismo, aqui simbolizado pelo “mero aborrecimento”, é substituído pela fundamentação da atividade jurisdicional, de acordo com os princípios constitucionais e com os direitos que tutelam as relações consumeristas.

Há consequência prática. Ao analisar, por exemplo, violação à honra de particular, ou mesmo se descumprimento de dever legal ou contratual é passível de ensejar condenação

¹¹BRASIL., op. cit., nota 09.



por danos morais, o juiz deve fundamentar a sua decisão levando em consideração os direitos inerentes à relação processual em lide.

É preciso diferenciar, por exemplo, os limites da violação à direito da personalidade em uma relação civil, envolvidos direitos de vizinhança, de uma relação consumerista.

Como dito, na relação consumerista, o juiz verifica se houve violação a direito da personalidade, sob o prisma do microsistema da tutela dos direitos do consumidor. Se houve, a partir de decisão fundamentada, o provimento jurisdicional será condenatório em danos morais.

3. O MICROSSISTEMA DOS DIREITOS CONSUMERISTAS E O PROVIMENTO JURISDICIONAL CONDENATÓRIO EM DANOS MORAIS

A filosofia da Grécia antiga proporcionou por meio de Aristóteles, um dos grandes filósofos existentes à época, a difusão da ideia de que o homem é um ser político. Nesse sentido, como característica inata da espécie, o ser humano vive a sua existência em meio a agrupamentos sociais, guiados estes por conjuntos de regras harmonizadoras do todo.

As regras, dessa forma, identificam os limites existenciais que surgem do convívio. Em outras palavras, o homem é ser individual, mas não vive isoladamente, o que o faz seguir determinadas regrases tipificadas expressa ou tacitamente pelo grupo social, seja qual for a forma de identificação desse grupo.

Ao longo da história, as regras passaram a ser identificadas como todo o complexo normativo balizador das normas sociais. Os grupos sociais, por outro lado, passaram a ser identificados na maior das suas singularidades pelo complexo orgânico do Estado Nacional.

Contemporaneamente, os Estados Nacionais ainda representam a maior singularidade dentro das misturas de grupos sociais, discutindo-se hodiernamente sobre a estabilidade de blocos de Estados Nacionais.

De toda forma, como objeto de estudo do artigo, é importante o referencial do Estado Nacional como Estado Constitucional Democrático de Direito. Nessa linha de raciocínio, a Constituição é o documento que reúne todas as normas que organizam os elementos constitutivos do Estado. A concepção de constituição, aqui acolhida, serve, resumidamente, para a Constituição da República Federativa do Brasil, mais propriamente, a em vigor desde 1988.

Dentro do conceito de constituição que, ressalte-se, não será inteiramente desmiuçado neste artigo, é importante identificar o movimento de internalização dos Direitos

Humanos. Os Direitos Fundamentais, internalizados na Carta Magna, não só limitam a atuação da máquina estatal e protegem as liberdades individuais, como também estabelecem diretrizes de atuação positiva do Estado perante os particulares.

O artigo 6.º, da CRFB/88¹², por exemplo, elenca como direitos sociais os direitos 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. Trata-se de dimensão de direitos fundamentais em que a atuação positiva do Estado visa a concretização de justiça social.

No que tange ao Estado brasileiro, a CRFB/88 dispõe no artigo 3.º, inciso I¹³, como um dos objetivos fundamentais da própria República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Como aspecto de justiça social, a Carta Magna acrescenta, ainda, em seu artigo 170¹⁴, que a ordem econômica será fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, devendo-se observar uma série de princípios.

Um dos princípios a ser observado está disposto no inciso V¹⁵, do referido artigo: a defesa do consumidor. Por meio da defesa do consumidor, a constituição busca assegurar a existência digna, conforme não só os ditames da justiça social, mas também tendo em vista o princípio da igualdade em seu aspecto material, disposição esta constante no rol de direitos fundamentais do artigo 5.º, caput, da CRFB/88¹⁶.

O objetivo da Constituição é intervir nas relações de consumo por meio de ampla proteção suficiente para se fazer a defesa efetiva do consumidor, uma vez tratar-se de sujeito vulnerável frente aos fornecedores.

Cuida-se compactar normas dos mais diferentes ramos do direito, isto é, normas de naturezas cíveis, penais, administrativas, por exemplo, com o fim de garantia da defesa dos consumidores e de se efetivar o princípio da isonomia, na sua dimensão material. Assim entende Leonardo de Medeiros Garcia¹⁷:

Assim é que, em atendimento ao mandamento constitucional, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor com o intuito de intervir nas relações de consumo para a proteção do sujeito vulnerável, desigual na relação com o fornecedor, de modo a manter o equilíbrio e a igualdade nas contratações. Trata-se de um

¹²BRASIL., op. cit., nota 06.

¹³Ibid.

¹⁴Ibid.

¹⁵Ibid.

¹⁶Ibid.

¹⁷GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. 13. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 21.



verdadeiro microssistema jurídico, em que o objetivo não é tutelar os iguais, cuja proteção já é encontrada no Direito Civil, mas justamente tutelar os desiguais, tratando de maneira diferente fornecedor e consumidor com o fito de alcançar a igualdade.

Nota-se, nesse sentido, que tutelar a relação entre consumidor e fornecedor foi preocupação do legislador originário. O microssistema que tutela o consumidor e o protege da atuação desigual do fornecedor deve ser interpretado diferentemente de normas de Direito Civil. Essa interpretação deve ser teleológica, com o fim protetivo do consumidor, e deve ser sistemática, tendo em vista todo o ordenamento norteado pelo mandamento constitucional protetivo.

O direito regula as relações sociais e, na prática, deve servir como fundamento para a jurisdição no caso concreto. O entendimento amplamente majoritário é de que não cabe ao juiz não decidir determinada causa sob o argumento de lacuna na lei ou mesmo de inexperiência técnica em determinado assunto tratado em lide.

Nesse sentido, todo o bloco de leis deve ser usado como fundamento para a jurisdição e, eventualmente constatada ausência de regulação para determinado assunto, o bloco de leis deve ser interpretado de acordo com o parâmetro constitucional a fim de achar solução para determinada causa.

Para tanto, como reiteradamente dito, a interpretação da norma deve ser feita de acordo com o caso em concreto, com a intenção do legislador legitimado para representar a sociedade e com os parâmetros constitucionais.

Significa dizer que as relações cíveis devem ser interpretadas de acordo com a igualdade entre os particulares em lide; as relações penais devem ser interpretadas a partir do direito penal como *ultima ratio*, levando-se em conta a presunção de inocência; as relações consumeristas, de acordo com a característica da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor.

Como exemplo, pode-se pensar em uma discussão levada ao judiciário entre particulares na condição de vizinhos. O direito de vizinhança é ramo do direito civil e tem seus próprios princípios e regras. Essas regras serão interpretadas de acordo com a própria natureza da relação de vizinhança, de forma que eventual discussão de dano moral entre vizinhos deverá ter como ponto de partida a igualdade entre os particulares e os princípios do direito de vizinhança.

Dessa forma, o dano moral discutido no direito de vizinhança deve, por exemplo, ser interpretado levando em consideração a solidariedade social. Isto é, a violação a direito da personalidade, no caso do direito de vizinhança – natureza cível – deve ser caracterizado pelo

abuso, sendo este o ato capaz de se sobrepor aos limites da proporcionalidade do que se espera entre particulares que são vizinhos. Não haverá, neste exemplo, mero aborrecimento e sim violação a direito da personalidade no âmbito do direito de vizinhança.

Percebe-se que a tarefa de identificar a zona limite entre o que pode ou não ser considerado passível de condenação por danos morais é complexa, haja vista, como já analisado, a dificuldade, sobretudo em alguns casos, de se estabelecer com precisão o ato violador do direito da personalidade. Leonardo Bessa há tempos constata essa dificuldade¹⁸:

A compreensão exata do que seja um mero dissabor ou aborrecimento é difícil de ser estabelecida de modo a não gerar dúvidas. Mas, com certeza, nenhum juiz condenará, por exemplo, um estabelecimento porque alguém esperou cinco minutos na fila antes de ser atendido e, por isso, ficou chateado ou frustrado.

Assim, é importante estabelecer alguns parâmetros de segurança para se chegar à identificação do dano moral. Na seara consumerista, a atuação do princípio da proporcionalidade e no princípio da razoabilidade na condenação por danos morais é mínimo. Isso porque a violação a direito da personalidade do consumidor deve ser analisada, ressalte-se, sob a perspectiva de sua vulnerabilidade.

A condição de vulnerável, por sua vez, gera como consequência uma menor tolerância aos atos capazes de ultrapassar a zona limítrofe entre atos de normalidade e atos violadores de direitos da personalidade.

O “mero aborrecimento”, portanto, é expressão esvaziada de conteúdo jurídico. O que poderá a vir a existir, na verdade, é a incapacidade de ato de violar direito da personalidade, e essa incapacidade deve ser vista à luz da mínima tolerância do consumidor aos atos praticados pelo fornecedor. Nesse sentido, o pronunciamento judicial em que se analisa o dano moral deve ser bem fundamentado, sobretudo quando desfavorável ao consumidor.

Assim, em havendo violação a direito da personalidade, o grau da violação –leve, média ou grave – servirá como parâmetro para a quantificação da condenação. Não havendo violação, não há que se falar em “mero aborrecimento”, devendo o aplicador do direito fundamentar o pronunciamento judicial demonstrando como efetivamente o ato impugnado foi incapaz de ultrapassar a barreira de tolerância existente na relação entre o consumidor vulnerável e os atos praticados pelo fornecedor.

¹⁸BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e seus direitos: ao alcance de todos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 41.

Nota-se que a discussão entre qual das teorias do dano moral, a subjetiva ou a objetiva, teria a melhor aplicação no caso concreto é discussão com pouco valor prático. É importante definir que o dano moral estará caracterizado se houver violação a qualquer direito da personalidade.

Pode ser que a violação a direito da personalidade se torne tema de difícil análise no caso concreto e, para resolver o impasse, o aplicador do direito deve buscar a solução jurídica adequada, fundamentando o seu pronunciamento judicial com arcabouço legal.

Assim, deve-se estabelecer qual a relação entre as partes na lide no processo e qual a matéria em discussão. Essa separação é importante para se identificar quais as balizas legais a serem observadas no caso concreto. Nesse sentido, o dano moral poderá ser discutido a partir dos nuances de uma relação consumerista ou a partir, por exemplo, do direito civil de vizinhança.

Em se tratando de relação consumerista, a discussão acerca da violação a direito da personalidade deverá ser pautada pelo microsistema jurídico que tutela o consumidor, parte vulnerável na relação de consumo. Significa que as normas mais benéficas ao consumidor têm aplicabilidade às relações de consumo, em virtude da isonomia como direito fundamental estampado na Carta Magna.

Dessa forma, a atuação jurisdicional deve ser guiada por fundamentos jurídicos e com base em lei, esta anteriormente criada pelo legislador, legítimo representante do poder emanado do povo. Com efeito, o pronunciamento judicial que decide acerca do dano moral será juridicamente fundamentado, afastando-se indicações genéricas que se atém ao “mero aborrecimento” da parte. Nesse sentido inclusive, como já abordado, houve cancelamento do verbete de n.º 75 da Súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Sabendo-se que a decisão que analisa a violação ao direito da personalidade deve ser juridicamente fundamentada, deve o aplicador do direito priorizar a interpretação teleológica e a interpretação sistemática como métodos interpretativos auxiliares para o pronunciamento judicial que decide acerca do dano moral consumerista.

Isso porque nem sempre os contornos do limite da violação ao direito da personalidade são claros e, então, a discussão entre a teoria objetiva ou subjetiva do dano moral deixa de contribuir para o aspecto prático da resolução da demanda.

Deve o magistrado se ater a análise da existência, ou não, da violação a direito da personalidade. Mas nem sempre essa violação é evidente, e algumas vezes perpassa

inevitavelmente por aspectos subjetivos, como pode ser no caso de discussão acerca de violação à honra.

Nesses casos em que a complexidade na análise do dano moral é de grau elevado, a interpretação teleológica, como aquela em que se busca a finalidade da norma, e a interpretação sistemática, como aquela em que se analisa sistematicamente o ordenamento jurídico, surgem como métodos interpretativos auxiliares do aplicador do direito.

Assim, no que tange à relação consumerista, a análise da violação a direito da personalidade deve seguir o preceito da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, de acordo com o microsistema jurídico que tutela a igualdade material.

Em se tratando de análise de violação a direito da personalidade que inevitavelmente perpassa por variáveis psicológicas, o limite entre a normalidade e o abuso – a violação em si – deve ser considerado sob o aspecto da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor. Esse é o parâmetro normativo. Em outras palavras, é evidente que, na relação de consumo, o limite de tolerância entre a violação a direito da personalidade é menor, o que deve ser observado em sede de pronunciamento judicial.

É de se observar, nesse sentido, que além dos mecanismos processuais que possam atuar em favor dos consumidores, como por exemplo eventual inversão do ônus probatório, a condenação por dano moral em matéria consumerista, para que seja afastada, deve ser bem fundamentada e com consideração a suporte probatório robusto.

Para o afastamento do dano moral, portanto, é necessária a demonstração de que a violação em si não existiu, uma vez que o fornecedor teria agido nos limites legais e proporcionais de sua atuação habitual. Essa análise de existência do dano moral deve, contudo, ser feita em conformidade com a proteção especial constitucional que o constituinte originário garantiu ao consumidor.

Por outro lado, constatada a violação a direito da personalidade, o grau de violação deverá então ser considerado principalmente na quantificação do valor a ser indenizado a vítima. Dessa forma, o grau da violação é analisado sobre tudo a fim de se estabelecer o *quantum indenizatório*.

REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e seus direitos: ao alcance de todos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.



BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo Administrativo n.º 0056716 18.2018.8.19.0000*. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004117693CB361415B208422427FAD4C384C5093903234F&USER=>>>. Acesso em: 09 set. 2019.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. rev. e ampl. Espírito Santo: [s. n.], 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil 3: responsabilidade civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DA EDUCAÇÃO COMO FERRAMENTA DE REABILITAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

Izadora Fernandes Rios

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – As reflexões desenvolvidas neste artigo buscam auxiliar na compreensão acerca da contribuição da educação na problemática do jovem autor de ato infracional. As pesquisas e os autores utilizados indicam que a escola, em conjunto com o Estado e a sociedade, contribuem de forma positiva no processo de ressignificação dos adolescentes e em seu desenvolvimento identitário, cognitivo e moral.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Educação. Justiça Restaurativa. Adolescentes em conflito com a Lei.

Sumário – Introdução. 1. O caráter punitivo pedagógico da medida socioeducativa de internação e sua realidade. 2. A Evasão Escolar e o perfil do Adolescente em conflito com a Lei 3. O papel ressocializador da Educação como meio eficaz à Justiça Restaurativa. Conclusão. Referências.

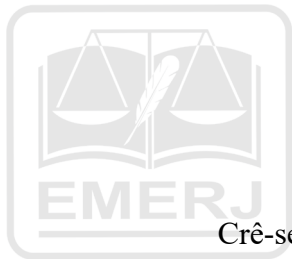
INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa a demonstrar que a educação é uma ferramenta válida de reabilitação do adolescente na condição de infrator. Procura-se traçar o perfil comum do adolescente submetido à medida socioeducativa da internação, cujo fator antecedente ao ato delitivo é o abandono escolar.

Para tanto, utiliza-se como base da pesquisa, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/96, amparado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de modo a conseguir discutir se o maior desenvolvimento de políticas, procedimentos e de justiça restaurativa seriam capazes de reduzir os efeitos nefastos do encarceramento de adolescentes através do maior incentivo a educação.

Educação é dever do Estado e da família. A instituição escolar tem função de auxiliar o processo formativo do Adolescente em conjunto com o Estado e a entidade familiar.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de justiça restaurativa que, embora não haja definição única, consensual, devido a sua natureza polissêmica e multifatorial, de certo que, remete a importância do relacionamento entre Estado – família e escola além do que incita a considerar o impacto do comportamento sobre os outros e as obrigações que decorrem das medidas promovidas.



Crê-se que, da relação estabelecida entre os sujeitos responsáveis pela formação do adolescente, se pode restabelecer o equilíbrio das relações sociais danificadas pelo delito, favorecendo a reabilitação e reintegração do adolescente na comunidade, restabelecendo ainda, a ordem jurídica e social violada e reduzindo os riscos futuros de comportamento delitivos.

Pretende-se ainda despertar atenção para a evolução no ordenamento jurídico a respeito do adolescente e a essência da responsabilização ao passar de ‘objetos do Estado’ para sujeito de direitos e deveres. O adolescente entendido como um indivíduo em desenvolvimento passa a ter o dever de proteger seus próprios direitos e, para não lhes atribuir obrigações excessivas, o legislador tornou essa responsabilidade solidária cujos coobrigados são três outros personagens, família – Estado – escola.

Inicia-se o primeiro capítulo demonstrando o adolescente e suas peculiaridades de desenvolvimento amparado pela doutrina da proteção integral e as medidas preventivas estabelecidas pelo legislador para aplicação nos casos em que houver prática de ato infracional.

Segue-se ponderando no segundo capítulo, a respeito do conceito de evasão escolar, as causas e traça o perfil do adolescente em conflito com a lei contrapondo como o histórico de vida, o meio social e o ato infracional contribuem para o abandono escolar.

O terceiro capítulo pesquisa a instalação de câmaras restaurativas a serem inseridas dentro do ambiente escolar cuja função é transformar conflitos em cooperação, especialmente, em contextos que enfrentam a violência e desordem crescentes, como por exemplo, indisciplina, conduta inadequada, desmotivação, ameaças, truculência, depressão, furto, assaltos e agressão. Bem como, o apoio conjunto do poder judiciário em casos que transcendem a esfera disciplinar do conciliador.

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 estudos desenvolvidos relacionados ao tema) – para sustentar a tese.

1. O CARÁTER PUNITIVO PEDAGÓGICO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E SUA REALIDADE

No dia 13 de julho de 1990¹ foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei 8.069/1990, que assegura os direitos fundamentais a criança e aos adolescentes rompendo com a “doutrina da situação irregular”² permeada durante onze anos em nosso país em razão da vigência do Código de Menores de outubro de 1979, Lei 6.697/1979 e inovando ao adotar a “doutrina da proteção integral”.

A legislação, amparada pela também Constituição Federal da República Federativa do Brasil³ afirma que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos especiais e específicos e aponta uma responsabilidade social quanto à garantia dos direitos deles, até para ratificar a condição peculiar de indivíduo em processo de desenvolvimento, nos termos do caput dos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁴

Considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade estendendo-se, excepcionalmente, a pessoa entre dezoito e vinte e um anos de idade, nos casos previstos em lei.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê medidas protetivas e socioeducativas para responsabilizar aqueles que violarem ou ameaçarem os direitos reconhecidos nesta lei⁵ bem como para assegurar o cumprimento e.

Entende-se por medida protetiva aquela com enfoque para atenção social. Isto é, que ratifica a ideia central contida na Teoria da Proteção Integral. As hipóteses descritas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) são aplicadas quando o ato infracional for praticado por crianças e aos adolescentes até o inciso VI, sendo as demais hipóteses aplicadas somente quando praticado por adolescentes.

Já as medidas socioeducativas, abrangem o aspecto de defesa social e destinam-se somente aos adolescentes, estão conditas no artigo 112 do Estatuto.

¹BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 29 mar. 2019.

²BRASIL. *A Proteção Integral das Crianças e dos Adolescentes Vítimas*. “Doutrina da Situação Irregular: para essa doutrina, os menores [nota 1] apenas são sujeitos de direito ou merecem a consideração judicial quando se encontrarem em uma determinada situação, caracterizada como “irregular”, e assim definida em lei. Havia uma discriminação legal quanto à situação do menor, somente recebendo respaldo jurídico aquele que se encontrava em situação irregular; os demais, não eram sujeitos ao tratamento legal.” Disponível em <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1222.html>> Acesso em: 16 set. 2019.

³BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 mar. 2019.

⁴BRASIL. op. cit, nota 1.

⁵Ibid.



Toda conduta definida pelo Código Penal brasileiro como crime ou contravenção, quando praticada por criança ou adolescente, é denominada de Ato Infracional.

Paracaracterização do ato infracional, é necessário que seja típico, antijurídico e culpável garantindo ao adolescente por um lado, um sistema compatível com o seu grau de responsabilização e por outro a coerência com os requisitos normativos provenientes da seara criminal.

Verificada a prática, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente, medidas socioeducativas em meio aberto – (i) advertência; (ii) obrigação de reparar o dano (iii) prestação de serviço à comunidade; e (iv) liberdade assistida. Ou aplicar as medidas socioeducativas em meio fechado – (i) inserção em regime de semiliberdade; (ii) internação em estabelecimento educacional e, ainda, quando necessário, (iii) internação provisória.

A medida de internação provisória considera a capacidade do adolescente de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. Contudo, em hipótese alguma e sob qualquer pretexto, será admitida a prestação de trabalho forçado.

Os atos infracionais mais comuns entre os adolescentes internados em cumprimento de medidas socioeducativas no Brasil, de acordo com a última pesquisa “Panorama Nacional, a Execução das Medidas Socioeducativas de Internação”⁶ realizada pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF) e pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), estão os crimes contra o patrimônio, como roubo e furto e, quanto à reincidência, o roubo se configura como ato delitivo principal.

Em 2011, de acordo com o último relatório “Situação Mundial da Infância 2011 – Adolescência: Uma Fase de Oportunidades”, realizado pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), dentre 21 milhões de brasileiros adolescentes⁷, com faixa etária entre 12 a 18 anos incompletos, predominava certa igualdade na proporção por sexo com 51,19% de homens e 48,81% de mulheres. No quesito raça/cor, 58,9% dos adolescentes se autodeclararam negros (pretos e pardos); 40,4% se autodeclararam brancos e menos de 1% se declarou de outras raças – amarela ou indígena. Mais de 80% viviam em domicílios situados em áreas urbanas, na proporção de quase cinco adolescentes para apenas um vivendo em residências situadas em áreas rurais. Ou seja, para 21 milhões de adolescentes brasileiros, 23,1

⁶BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. “Panorama Nacional, a Execução das Medidas Socioeducativas de Internação”. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf> Acesso em: 08 abr. 2019.

⁷BRASIL. UNICEF. *Brasil tem mais de 21 milhões de adolescentes, mas políticas focam só na infância, diz Unicef*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2011/02/brasil-tem-mais-de-21-milhoes-de-adolescentes-mas-so-politicas-para-infancia-diz-unicef>> Acesso em: 03 abr. 2019.

mil encontravam-se com aplicação de medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional, segundo o IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.⁸

O Adolescente, como sujeito de direito em processo de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social passou a ter direitos, mas também deveres, inclusive, no que tange a proteção das suas próprias garantias como se compreende na leitura inversa do artigo 98 do Estatuto, pois, se as medidas de proteção são aplicáveis quando os direitos reconhecidos na Lei são violados ou ameaçados em razão de sua própria conduta, subentende-se que há um dever implícito que seja do adolescente zelar pelos direitos o garantido.

Logo, ao seguir essa linha de raciocínio, todo direito estabelecido em lei corresponde a um dever e, embora não existe o rol de deveres como vemos o rol de direitos (Título II Dos Direitos Fundamentais - Artigo 7º a 69 do Estatuto) os mesmos estão tão presentes quanto: Exemplo: O caput do Artigo 5º da Constituição Federal confere a todos o direito à vida consequentemente, todos têm o dever de não ameaçar ou violar esse direito que pertence ao outro.

Entendido, portanto, como inovadora a compreensão de Adolescentes como sujeitos de direitos e deveres, o Estatuto se preocupou em avançar também na responsabilização atribuída aos Adolescentes quando assim conflitarem com a Lei. Para tanto, cabe citar a distinção feita por Emilio Garcia Méndez⁹, quanto às etapas históricas da responsabilidade atribuída aos adolescentes, uma primeira fase que, se estendeu do nascimento dos códigos de penas judiciais da corte até 1919, caracterizada por um mero tratamento penal repressivo, que pouco diferenciava menores e maiores de idade onde, o adolescente era preso na mesma instituição que um adulto porém por um prazo inferior.

Os estudos e dados mostram que o fenômeno contemporâneo do ato infracional juvenil está associado não à pobreza ou à miséria em si, mas, sobretudo, à desigualdade social, e à dificuldade no acesso às políticas sociais de proteção realizada pelo Estado.

É de suma importância notar que esses fatores não são justificadores mas estão interligados a prática do ato infracional. Sendo assim, existem outros fatores comuns evidenciados na maioria dos estudos que analisam o adolescente em conflito com a Lei, que

⁸BRASIL. IPEA. O adolescente em conflito com a lei e o debate sobre a redução da maioridade penal: esclarecimentos necessários. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150616_ntdisoc_n20>. Acesso em: 03 abr. 2019.

⁹MÉNDEZ, Emilio Garcia. *Evolución histórica del derecho de la infancia*: ¿Por que una historia de los derechos dela infancia? Disponível em: <http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/La_convencion_internacional.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.



são: famílias desestruturadas, a ineficiência da educação, a relação estreita com entorpecentes e a sociedade de consumo.

É a participação do componente de defesa social nas medidas socioeducativas que explica o encaminhamento dos casos à autoridade judicial competente e exige a incorporação do garantismo penal como meio de evitar excessos. No entanto, Paulo Afonso Garrido de Paula¹⁰ afirma que a socioeducação é “algo novo”, diferente das penas, interditos e sanções, esse visa não só coibir a prática ilícita como ainda, promover socialmente o seu autor.

De todo modo, embora existam divergências de interpretação quanto ao caráter da responsabilidade dos adolescentes no ECA, os autores afirmam uma ruptura, uma novidade nos modos de tratar as questões da infância e adolescência.

2. A EVASÃO ESCOLAR E O PERFIL DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

Evasão é um substantivo feminino que nomeia o ato de evadir-se, de fuga, de escape, de sumiço. É a ação de abandono de alguma coisa, de afastar-se do ponto em que se encontra. Tem origem no latim “*evasione*”.¹¹

Trata-se do abandono do aluno, embora matriculado em instituição de ensino, que deixa de frequentar a sala de aula. Muitas vezes motivada pela necessidade de entrar no mercado de trabalho para complementar a renda familiar, falta de interesse pelo estudo, dificuldade de aprendizagem, falta de incentivo dos pais ou, ainda, a inicialização no mundo do crime.

Evasão Escolar, portanto, é um fenômeno recorrente nas instituições escolares brasileiras, porém quase despercebida e pouco debatida.

Segundo estudo¹² feito pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), em parceria com a Campanha Nacional pelo Direito à Educação, o trabalho infantil, o fracasso escolar, as desigualdades sociais e a baixa renda das famílias são fatores considerados determinantes para a evasão escolar de crianças e adolescentes.

¹⁰PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato Infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006, p.35. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/ilanud/book_just_adol_ato_infrac.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

¹¹SIGNIFICADOS. *Significado da palavra Evasão*. Disponível em:<<https://www.significados.com.br/evasao/>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

¹²BRASIL. IPEA. *O Adolescente em conflito com a Lei e o debate sobre a Redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários*. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150616_ntdisoc_n20.>. Acesso em: 03 ago. 2019.

Verifica-se que a evasão escolar motivada pela inserção do adolescente na seara criminal, é consequência de um problema gravíssimo que a sociedade enfrenta nos últimos anos e que certamente explica a causa do vertiginoso aumento da violência no País.

As consequências da evasão escolar podem ser sentidas com mais intensidade nas cadeias públicas, penitenciárias e centros de internação de adolescentes em conflito com a lei, onde os percentuais de internos analfabetos e semi alfabetizados, que estavam evadidos da instituição de ensino quando da prática da infração que os levou ao encarceramento, em alguns casos supera os 90% (noventa por cento).¹³

Tudo o que se tem produzido nas últimas três décadas é a dizimação das crianças, dos adolescentes e jovens de baixa renda, fenômeno que vem sendo denunciado por diversos estudiosos da área. Assim, a Educação Restaurativa é o caminho mais eficaz de oferecer aos adolescentes a oportunidade de um futuro digno.

Conclui-se que é a falta da educação, no sentido amplo da palavra e de educação de qualidade, que seja atraente e não excludente, a qual deveria ter sido fornecida pelos sujeitos responsáveis (escola, responsáveis e sociedade) na formação do indivíduo, que os fazem visualizar como oportunidade para melhores condições de vida a inicialização no mundo do crime.

Os jovens autores de atos infracionais evadem-se da escola também por ausência de interesse do conteúdo ensinado nas matérias curriculares, por desentendimento com educadores e colegas, por sentimento de discriminação, por pequena abertura da instituição escolar para outras práticas sociais e culturais mais próximas da realidade dos jovens, dentre outros fatores. Tais aspectos sinalizam que a escola necessita iniciar o diálogo educacional através dos “saberes de experiência” de seus próprios educandos para organização do conteúdo curricular em seus espaços.

Os sujeitos em formação, quando não possuem suas necessidades satisfeitas e seus anseios reconhecidos, passam a não ter um referencial no qual possam se espelhar e apreender novas práticas. Ficam à mercê da vulnerabilidade social e da violência juvenil e, a partir disso, encontram formas avessas mais adequadas para sobreviver a esta situação, muitas vezes por meio das drogas, violências e atos infracionais.

Evasão é a ação de abandono de alguma coisa. Evasão Escolar é, portanto, a desistência do Aluno de ser frequente na escola devido à necessidade do trabalho infantil, do fracasso escolar, as desigualdades sociais e a baixa renda familiar segundo estudo feito pelo

¹³Ibid.



Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) em parceria com a Campanha Nacional pelo Direito à Educação¹⁴.

Pode ser sentida com mais intensidade nas cadeias públicas, penitenciárias e centro de internação, onde os percentuais de presos e internos analfabetos e semi alfabetizados que estavam fora do sistema de ensino quando da prática da infração que os levou a internação atinge 90% dos entrevistados. Isto é, a Evasão Escolar ocorre após a inserção do Adolescente na seara infracional. É uma consequência gravíssima que a sociedade vem enfrentando e que certamente explica a causa do vertiginoso aumento de violência do País, cometidos por menores de 18 anos.

Além disso, alguns autores consideram não se tratar de teoria acadêmica do delito ou de justiça uma vez que as medidas propostas são diversas.

3. O PAPEL RESSOCIALIZADOR DA EDUCAÇÃO COMO MEIO EFICAZ À JUSTIÇA RESTAURATIVA

Ao analisar a literatura referente ao tema da justiça restaurativa, se vê um debate e controvérsias quanto a sua definição. De início, a justiça restaurativa é um conceito cujo campo de aplicação vai para além da seara criminal, podendo ser empregada em uma variedade de situações, seja na família, na vizinhança, na escola, no ambiente de trabalho, nas instituições religiosas.

A ideia fundamental é a de que elementos como diálogo, participação ativa e decisão consensual devem presidir a resolução de litígios. No entanto, o psicólogo americano Albert Eglash, em 1977, escreveu um artigo intitulado “beyond restitution: creative restitution”, publicado numa obra organizada por Joe Hudson e Burt Gallaway, denominada “Restitution in criminal justice”¹⁵ em que identifica três modelos de justiça: uma justiça distributiva, centrada no tratamento do adolescente infrator; uma justiça punitiva centrada no castigo e uma justiça recompensadora, centrada na restituição.

A justiça restaurativa no Brasil, começou no ano de 1998, em escolas públicas, visando resolver problemas de desordem, violência e criminalidade no ambiente escolar, diante da ineficácia das intervenções e políticas públicas.¹⁶

¹⁴BRASIL. op. cit, nota 7.

¹⁵PRUDENTE, Neemias Moretti. *Justiça Restaurativa: Marco teórico, experiências brasileiras, propostas e direitos humanos*. 2. ed. Factórum Cultural, 2013, p. 563-596[e-book].

¹⁶SCURO NETO, Pedro. *Justiça nas escolas: a função das câmaras restaurativas*. In. BRANCHER, Leoberto Narciso; RODRIGUES, Maristela Marques e VIEIRA, Alessandra Gonçalves (Orgs.). *O direito é aprender*.

A primeira experiência brasileira com componentes de justiça restaurativa se deu por meio do “Projeto Jundiaí: viver e crescer em segurança”¹⁷(1998-2000). O projeto foi desenvolvido pelo Centro Talcott de Direito e Justiça (rede de pesquisadores dedicados a implementação de políticas públicas eficientes e inovadoras), Conselho Comunitário de Segurança (Conseg) e pela Coordenadora de Ensino, com o apoio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em 26 escolas – cerca de 50.000 alunos – de 2º grau da região de Jundiaí, Estado de São Paulo, para testar um programa para melhorar condutas, prevenir desordem, violência e criminalidade na escola; para resolver casos mais difíceis, reparar danos e minimizar futuras consequências negativas futuras e, visando reconstruir as relações entre escola e sociedade.

Através do pioneiro projeto que foram inseridas nas escolas, as câmaras restaurativas com a intenção de conscientizar que a conduta dos alunos não é responsabilidade exclusiva da escola, mas de todos os adultos da comunidade cujo centro é a escola. Embora todos participassem do processo de formação de um novo sentido de comunidade e cidadania, por razões de rigidez institucional brasileira e problemas com políticas e gestores, o projeto foi interrompido. Além disso, o projeto tinha iniciativa da sociedade civil e não, do Estado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é um campo fértil para o desenvolvimeto do modelo restaurativo, principalmente se considerar o artigo 101 que trata das medidas específicas de proteção (possibilidade das partes buscarem medidas alternativas as sancionatórias); o artigo 112 e seguintes que tratam das medidas socioeducativas, como a obrigação de reparar o dano e outras transferem o foco da resposta estatal para medidas que visem o fortalecimetno dos vínculos familiares e comunitários e, o artigo 126 que trata da remissão como forma de exclusão, suspensão ou extinção do processo.

O artigo 126, *caput*, do mencionado diploma legal, ao delinear o instituto da remissão abre espaço para que ocorra a resolução do conflito de forma restaurativa ainda que o adolescente, já qualificado como infrator, assuma o compromisso de cumprir medida socioeducativa, desde que não privativa de liberdade.

A câmara restaurativanada mais é que a reunião de pessoas afetadas por uma conduta causadora de dano grave em que participam o adolescente infrator, vítimas e setores de apoio (familiares, amigos, autoridades – direção da escola, polícia, conselho tutelar), sendo

Disponível em <http://www.setor3.com.br/jsp/default.jsp?tab=00011&newsID=a895.htm&subTab=00000&uf=&local=&testeira=33&l=&template=58.dwt&unit=§id=undefined> Acesso em: 02 abr. 2019.

¹⁷Idem apud BARROSO, Juliana Rocha. *Projeto Jundiaí: O pontapé das iniciativas de justiça restaurativa no Brasil*. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org/resources/docs/sкуро2>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

convidados por um conciliador habilitado, cuja função é resolver o conflito e impedir que se repita ou venha a escalar, tornando-se mais grave e desgovernados as condutas praticadas pelo adolescente.

Na prática, os participantes têm a oportunidade de relatar os acontecimentos espontaneamente a partir do seu ponto de vista, narrando o que aconteceu desde então, adquirindo, com isso, claro entendimento sobre as consequências do comportamento em questão e daquilo que deve ser feito para que os danos sejam de algum modo reparados e portanto, seja minimizado os efeitos negativos futuros. Ao fim, é lavrado um termo assinado por cada um dos participantes, que recebem cópia. O tempo pode incluir pedido de desculpa, garantia de que o comportamento prejudicial não voltará a ocorrer, ressarcimento dos danos, além de compromisso de assumir um comportamento adequado – a duração média da câmara restaurativa é de 90 minutos.¹⁸

O procedimento¹⁹ é o seguinte: 1) a direção da escola encaminha problemas que transcendam a esfera meramente disciplinar ao conciliador; 2) há uma tentativa de mediação do conflito, ou se entender o caso, decide se é situação de convocar uma câmara restaurativa, com ciência ao Poder Judiciário; 3) o conciliador, à vista de cada problema, seleciona, contata, e convida os participantes da câmara, visando o envolvimento de todos os autores que possam contribuir para a solução do conflito; 4) o conciliador prepara e dirige o trabalho; 5) finalizado o termo, redige o acordo entre as partes; 6) o acordo é encaminhado ao Poder Judiciário que determinará a autuação do termo, submetendo-o à apreciação do Promotor de Justiça e, com a concordância, homologará. 7) o conciliador, por manter contato com as partes envolvidas no ambiente escolar, avaliará os resultados, acompanhará os participantes, disseminará e reproduzirá conhecimentos.

O processo restaurativo na escola apresenta-se como uma outra forma de resolução de conflitos (alternativa), além daquela pré estabelecida nas normas disciplinares para lidar com questões de indisciplina. No ambiente escolar, o objeto é evitar que o problema provoque a jurisdição, resolvendo-o de pronto mediante auxílio das lideranças educacionais, os responsáveis e o aluno.

¹⁸Idem. *Projeto da Serra*. Escola Paulista da Magistratura. Disponível em: http://www.epm.sp.gov.br/NR/rdonlyres/88807502-DD1C-4D84-742*FB657776D9B9/933/projetodaserraSP.doc Acesso em: 02 abr. 2019.

¹⁹Ibid

No ano de 2002, deu-se início a experiências isoladas de justiça restaurativa em Juizados da Infância de Porto Alegre.²⁰ E, em 2004, no Juizado Especial Criminal de Olinda (PE), através da mediação²¹.

Mas o grande impulso foram as iniciativas restaurativas ocorridas em 2004, por meio do Ministério da Justiça, através da Secretaria da Reforma do Judiciário, que elaborou o projeto “PROJETO BRA/05/009 – Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro e, juntamente com o PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, apoiou três projetos-piloto de justiça restaurativa²².

Em agosto de 2008, a justiça restaurativa teve mais uma conquista, quando da entrada em vigor da Resolução SE-58 de 6/8/2008 que institui a Comissão Permanente de Estudos para a implementação do programa “Projeto Justiça e Educação: uma parceria para a cidadania” para a resolução de conflitos no interior das escolas, a comissão tem finalidade de ampliar a justiça restaurativa, mecanismo eficaz de prevenção contra a violência e de combate aos conflitos, na rede estadual de ensino fundamental e médio de São Paulo.²³

Fato é que a adoção da justiça restaurativa demonstra efeitos mais positivos por recuperar o sentido da medida socioeducativa, que hoje funciona como punição, e evitar a estigmatização e segregação das crianças e adolescentes em conflito com a lei.

Outrossim, tramita na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei (PL) 7006/2006, que propõe alterações no Código Penal (Decreto-Lei nº2848, de 7 de dezembro de 1940), no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº3.689 de 3 de outubro de 1941) e na Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº9.099 de 26 de setembro de 1995) visando regular o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Com intuito de fomentar a utilização da justiça restaurativa no Brasil, elaborou-se pelos integrantes do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa em abril de 2005, a Carta de

²⁰JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. *Instituindo práticas restaurativas*. Histórico. Disponível em: <<http://www.justica21.com.br/j21/interno.php?ativo-HISTORICO>> Acesso em: 02 abr. 2019.

²¹NUNES, Dayse Carolina de Queiroz. Justiça restaurativa e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Esmape*, v.10, n.22, p.78. Acesso em: 02 abr. 2019.

²² Os projetos-piloto, implementados com base nos princípios da justiça restaurativa, ganharam contornos distintos, fazendo uso de práticas restaurativas nem sempre idênticas, em face das peculiaridades de cada juízo, bem como da circunstância de se tratar de “pilotos”. Buscam na experimentação, a construção do modelo regional e/ou nacional de justiça restaurativa mais adequado para as realidades brasileiras.

²³BARROSO, Juliana Rocha. *Legislação e políticas públicas a favor das práticas restaurativas*. Setor 3 – SENAC São Paulo. Disponível em <<http://www.setor3.com.br/jsp/default.jsp?tab=00011#wsID=a900.htm#Tab=00000&uf=&local=&testeira=33&l=&template=58.dwt&unit=%24id=undefined>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

Araçatuba²⁴. Ratificado em junho de 2005, pelas participantes da Conferência Internacional “Acesso a Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos” por meio da Carta de Brasília²⁵, cujo trechos segue abaixo.

O século XXI pode ser o século da justiça e da paz no planeta, que a violência, as guerras e toda sorte de perturbações à vida humana e ao meio ambiente que temos estado expostos são fruto de valores e práticas culturais e, como tal, podem ser transformadas;

O poder de mudança está ao alcance de cada pessoa, de cada grupo, de cada instituição que se disponha a respeitar a vida e a dignidade humana;

(...)

Essa nova concepção de justiça está em construção no mundo e propõe que, muito mais que culpabilização, punição e retaliações do passado, passemos a nos preocupar com o restabelecimento e a restauração de todas as relações que foram afetadas, em uma perspectiva focada no presente e no futuro;

Será necessário recomendar que cada pessoa, família, comunidade e instituição promovam reflexões e diálogos acerca dos temas da justiça e da paz, em especial acerca das alternativas para implementar valores e práticas restaurativas;

(...)

O envolvimento da comunidade é fundamental para a restauração das relações de modo não violento;

(...)

O encontro é a oportunidade dos afetados de compartilharem suas experiências e atenderem suas necessidades, procurando chegar a um acordo.

Assim, pode-se afirmar que a prática restaurativa vem ganhando forças desde junho de 2008 no ordenamento jurídico, nas academias brasileiras em trabalhos de Pós Graduação *Stricto Sensu* e, principalmente, nas escolas em parceria com o Ministério Público, Defensoria Pública, Delegacia da Infância e da Juventude, Secretaria Municipal de Educação, Secretaria de Segurança Pública, Unidades de Internação, ONGs que trabalham com medidas socioeducativas, Ordem dos Advogados do Brasil e Conselhos Tutelares, para propagar no Brasil e no mundo a resolução e prevenção de conflitos bem como, inclusão e principalmente a paz social através do diálogo.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que uma política educacional baseada em incentivos e metas não deve se guiar apenas pelos quesitos técnicos da equidade e eficiência. Não basta concentrar-se nas propriedades desejáveis da política educacional, como o retorno social de ações específicas - É preciso enxergar como essas informações chegam às pessoas e como elas transformam essas informações em decisões.

²⁴CARTA DE ARAÇATUBA. *Princípios de Justiça Restaurativa*. Disponível em:<<http://jjj.tjrs.jus.br/doc/justica-restaurativa/CARTA-DE-ARACATUBA.pdf>> Acesso em: 16 set. 2019.

²⁵CARTA DE BRASÍLIA. *Justiça Restaurativa em Debate*. Disponível em:<<https://justicarestaurativaemdebate.blogspot.com/2008/10/carta-debraslia.html>>. Acesso em: 16 set. 2019.

Ações de difusão de informação sobre a capacidade de mudança pelas vias da educação são especialmente bem vindas. A literatura social concluiu há tempos sobre o alto poder explicativo da educação na alta desigualdade brasileira. Entretanto, faltam ao pai de família e ao jovem estudante brasileiro tomar ciência do poder transformador da educação em suas vidas, como os altos impactos exercidos sobre empregabilidade, salário e saúde.

O entendimento que chegou este pesquisador, é que a sociedade precisa ser conscientizada sobre a importância da educação.

Quanto a questão que se descortinou no terceiro capítulo, a de verificar que a transformação das práticas pedagógicas que ocorrem na escola, proporcionam vivências que induzam à solidariedade, colaboração, criação, crítica, e experimentação. “Apenas vivendo de forma democrática na escola pode se aprender a viver e sentir democraticamente na sociedade, a construir e respeitar o delicado equilíbrio entre a esfera dos interesses e necessidades individuais e as exigências da coletividade” (GIMENO SACRISTÁN; PÉREZ GÓMEZ, 2000, p. 26).

Portanto, no caso específico do adolescente em conflito com a lei e sua relação com a escola, não basta a integração nos espaços escolares. Além disso, é necessário integrar a escola no processo de construção e transformação do mundo, para que seja um local de promoção de relações democráticas, humanas e críticas.

Essa pesquisa pretende sustentar, portanto, que o combate à evasão escolar começa com o fornecimento de uma educação de qualidade, professores capacitados, valorizados e estimulados a cumprirem a nobre missão de educar e ensinar, dando especial atenção àqueles alunos que se mostram mais indisciplinados e que apresentam maiores dificuldade no aprendizado, exercendo sua autoridade, estabelecendo limites e distribuindo responsabilidades, sem jamais deixar de respeitá-los; conselhos escolares realmente participativos, representativos e atuantes; escolas que apresentem instalações adequadas, organização e segurança.

Instituição escolar em que haja um ambiente propício ao estudo e à aprendizagem, no qual o aluno se sinta estimulado a permanecer, aprender e a enfrentar os percalços da vida.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Juliana Rocha. *Legislação e políticas públicas a favor das práticas restaurativas*. Setor 3 – SENAC São Paulo. Disponível em: <http://www.setor3.com.br/jsp/default.jsp?tab=00011&wsID=a900.htm&Tab=00000&uf=&local=&testeira=33&l=&template=58.dwt&unit=§id=undefined>. Acesso em: 02 abr. 2019.

_____. *Projeto Jundiá: O pontapé das iniciativas de justiça restaurativa no Brasil*. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org/resources/docs/scuro2>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. *A Proteção Integral das Crianças e dos Adolescentes Vítimas*. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1222.html>> Acesso em: 16 set. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *“Panorama Nacional, a Execução das Medidas Socioeducativas de Internação”*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. UNICEF. *Brasil tem mais de 21 milhões de adolescentes, mas políticas focam só infância, diz Unicef*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2011/02/brasil-tem-mais-de-21-milhoes-de-adolescentes-mas-so-politicas-para-infancia-diz-unicef>> Acesso em: 03 abr. 2019.

_____. IPEA. *O Adolescente em conflito com a Lei e o debate sobre a Redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150616_ntdisoc_n20>. Acesso em: 03 ago. 2019.

CARTA DE ARAÇATUBA. *Princípios de Justiça Restaurativa*. Disponível em: <<http://jjj.tjrs.jus.br/doc/justica-restaurativa/CARTA-DE-ARACATUBA.pdf>> Acesso em: 16 set. 2019.

CARTA DE BRASÍLIA. *Justiça Restaurativa em Debate*. Disponível em: <<https://justicarestaurativanemdebate.blogspot.com/2008/10/carta-debraslia.html>>. Acesso em: 16 set. 2019.

EDNIR, op. cit., 2007, p.16; Ainda “cada um destes projetos-piloto, implementador com base nos princípios da justiça restaurativa, ganharam contornos distintos, fazendo uso de práticas restaurativas nem sempre idênticas, em face das peculiaridades de cada juízo, bem como da circunstância de se tratar de “pilotos”, que buscam na experimentação, a construção do modelo regional e/ou nacional de justiça restaurativa mais adequado para as realidades brasileiras.

JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. *Instituindo práticas restaurativas. Histórico*. Disponível em <<http://www.justica21.com.br/j21/interno.php?ativo-HISTORICO>> Acesso em: 02 abr. 2019.

MÉNDEZ, Emílio Garcia. *Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia?*. Disponível em: <http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/La_convencion_internacional.pdf> Acesso em: 29 mar. 2019.

NUNES, Dayse Carolina de Queiroz. *Justiça restaurativa e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. *Revista da Esmape*, v.10, n.22, p.78. Acesso em: 02 abr. 2019.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato Infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: Ilanud; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006, p.35. Disponível em:<http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/ilanud/book_just_adol_ato_infrac.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.

PRUDENTE, Neemias Moreti. *Justiça Restaurativa: Marco teórico, experiências brasileiras, propostas e direitos humanos*. Pagina 563-596. ed. Acesso em: 02 abril. 2019.

SCURO NETO, Pedro. Justiça nas escolas: a função das câmaras restaurativas. In. BRANCHER, Leoberto Narciso; RODRIGUES, Maristela Marques e VIEIRA, Alessandra Gonçalves (Orgs.). *O direito é aprender*. Disponível em:<<http://www.setor3.com.br/jsp/default.jsp?tab=00011&newsID=a895.htm&subTab=00000&uf=&local=&testeira=33&1=&template=58.dwt&unit=§id=undefined>> Acesso em: 02 abr. 2019.

_____.*Projeto da Serra*. Escola Paulista da Magistratura. Disponível em:<<http://www.epm.sp.gov.br/NR/rdonlyres/88807502-DD1C-4D84-742aFB657776D9B9/933/projetodaserraSP.doc>> Acesso em: 02 abr. 2019.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br