

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 11 - nº 2 - Tomo II (J/V) - Jul./Dez. 2019



Elaborado no 2º Semestre 2019



REVISTA DE
ARTIGOS
CIENTÍFICOS
DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 11 - nº 2 - Tomo II (J/V) - 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

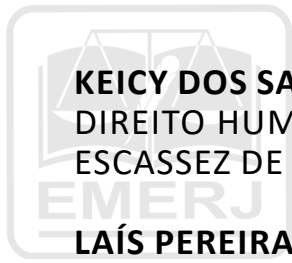
CONSELHO AVALIATIVO

- Mônica Cavalieri Fetzner Areal

- Nelson Carlos Tavares Junior



JÉSSICA DA CUNHA RAMOS A MULHER TRANSEXUAL E A QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO: APLICABILIDADE E QUESTÕES CONTROVERTIDAS.....	918
JÉSSICA MATOLLA DANTAS RAMOS A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	933
JESSYCA PINTO DE CASTRO RECONHECIMENTO DE DIREITOS PARA ALÉM DOS SERES HUMANOS.....	948
JOÃO MARCOS DA ROCHA PIRES FAGUNDES O IMPACTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA NA EFETI- VIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	962
JOÃO RICARDO RIBEIRO MACHADO O DIREITO À PROFISSIONALIZAÇÃO E À PROTEÇÃO NO TRABALHO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ÂMBITO DESPORTIVO	979
JOÃO VICTOR ROCHA DA SILVA A ALTERAÇÃO DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO TRAZIDA PELA LEI Nº 13.718/2018 SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA VÍTIMA.....	994
JULIANA DE JESUS NOGUEIRA CRIMES AMBIENTAIS: UM OLHAR SOBRE A NECESSIDADE DA NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	1009
JULIANA DE MATTOS BRAGA APLICAÇÃO DO CDC EM RELAÇÕES DE CONSUMO INTERMEDIÁRIO	1025
JULIANO VITÓRIO BERNARDO DO NASCIMENTO A DICOTOMIA RELACIONADA À (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO PARA RESSARCI- MENTO AO ERÁRIO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	1039
KARINE TEIXEIRA FERNANDES MONTEIRO O TRANSGÊNERO NA EXECUÇÃO PENAL: AS CONSTANTES VIOLAÇÕES À DIGNI- DADE DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA PRISIONAL	1055



KEICY DOS SANTOS COPLE LIMA

DIREITO HUMANO À SEGURANÇA ALIMENTAR: EFETIVIDADE NA CONDIÇÃO DE ESCASSEZ DE ALIMENTAÇÃO ADEQUADA PARA A POPULAÇÃO BRASILEIRA 1070

LAÍS PEREIRA COUTO

DIREITO E GÊNERO: ANÁLISE DA REPRESENTATIVIDADE FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO..... 1086

LEONAM MARCEL PAUFERRO YOUNG

EXECUÇÃO DA PENA EM 2ª INSTÂNCIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – O IMPACTO SOCIAL E POLÍTICO DA MEDIDA CAUTELAR NO ADC Nº 54 1100

LETÍCIA BORGES DA FONSECA FREIRE

A REPROVABILIDADE NO HOMICÍDIO PRATICADO POR MOTORISTA EMBRIAGADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR 1117

LETÍCIA LAIRA MATTOSO ALBINO

A PSICOGRAFIA COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL 1131

LOANA PESSANHA SALDANHA

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – UMA ANÁLISE CIVIL-CONSTITUCIONAL DO TRATAMENTO DA PACHAMAMA COMO TITULAR DE DIREITOS..... 1147

LUCAS GONÇALVES DOS SANTOS

MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO CIVIL 1164

LUISA LIMA DE CASTILHO

O TEMPO MÁXIMO DE INTERNAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA E AS SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS 1181

LUIZ GUSTAVO FIGUEIREDO NASCIMENTO

A APLICAÇÃO DO IRDR COMO MEIO DE ALCANÇAR A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO 1196

LUIZ PAULO FIGUEIREDO DE ARAUJO

DA INTANGIBILIDADE DO DIREITO ADQUIRIDO FACE ÀS LIMITAÇÕES DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR: TETO REMUNERATÓRIO A LUZ DO STF..... 1213

LUIZA FONSECA DUTRA

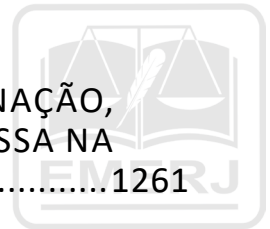
A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ROL DO ART. 1.015, DO CPC E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS 1229

LUIZA MORAES GOMEZ

A PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA DO ITBI 1246

MANUELA BANHATO DE OLIVEIRA FREITAS

O IMPACTO DAS FAKE NEWS SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:



UM ESTUDO SOBRE OS MECANISMOS DE COMBATE À SUA DISSEMINAÇÃO,
COM RELEVO AO USO DE BOTS NA PRODUÇÃO DE FAKE NEWS EM MASSA NA
INTERNET1261

MARIA ANTONIETTA CARDOSO

A IMPRESCRITIBILIDADE DO DANO CAUSADO PELO ABANDONO AFETIVO 1278

MARIA EDUARDA GRANITO DE MEDEIROS

OS IMPACTOS DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.655/18 NA CELE-
BRAÇÃO DE ACORDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... 1294

MARIANA DE BIASI VIANNA NOVAES

A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRE-
SUNÇÃO DE INOCÊNCIA PARA FINS DE EVITAR RECURSOS PROTRELATÓRIOS 1309

MARIANA GOULART

A EUTANÁSIA, O DIREITO DE MORRER E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO PENAL:
ANÁLISE DA TIPICIDADE NO PROJETO DE LEI Nº 236/12 DO SENADO FEDERAL 1325

MARIANA RIBEIRO DA CUNHA LOBO

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A AUTONOMIA E
INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MAGISTRADOS 1340

MISYARA AUGUSTA MORAIS RABELO

FALSAS MEMÓRIAS EM DEPOIMENTO DE CRIANÇAS “VÍTIMAS” DE ABUSO
SEXUAL 1354

MYLENA COSTA DE JESUS

INDENIZAÇÃO PELO TEMPO DE VIDA PERDIDO X MERO ABORRECIMENTO:
OS CAMINHOS DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CON-
SUMO 1371

NATÁLIA CARAVELLO RODRIGUES PIMENTEL

A MULTIPARENTALIDADE DECORRENTE DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO 1386

NEIDIANE LIMA DOS SANTOS DE OLIVEIRA

GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO NO CASO DE DISSOLUÇÃO
CONJUGAL..... 1403

PÂMELLA RODRIGUES BAPTISTA ALONSO

DA PREVENÇÃO À PROTEÇÃO: A EFICÁCIA DAS MEDIDAS AO COMBATE DO FEMI-
NICÍDIO NO BRASIL 1417

PAULA LEMOS PENTEADO

AFETO COMO VALOR JURÍDICO PARA DISCUSSÕES ACERCA DA PARENTALIDADE 1433

PAULA LUÍSA DA COSTA VITA

DAS CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DA COLETA COMPULSÓRIA E DO ARMAZENA-
MENTO DE PERFIS GENÉTICOS EM BANCO DE DADOS 1449



PEDRO HENRIQUE JATOBÁ MARQUES

A EFETIVIDADE DO COMPLIANCE CRIMINAL NA LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO.....1466

PHILIPPE SILVEIRA CARNEIRO DA CUNHA

ASPECTOS CONTROVERTIDOS NA DEFINIÇÃO DO LOCAL DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IPVA..... 1482

RAÍSSA MENDONÇA DA COSTA

DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA PENSÃO GRAVÍDICA..... 1499

REBECA GONÇALVES DE MELO

O ARTIGO 139, INCISO IV, DO CPC E OS LIMITES AO PODER DO JUIZ NO PROCESSO DE EXECUÇÃO 1515

RENAN SILVA DE CARVALHO

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS PELO CONTEÚDO PRODUZIDO..... 1530

RENATA SANTOS SAMPAIO

A INCOMPATIBILIDADE DO PLEA BARGAIN COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS RISCOS DE SUA IMPLEMENTAÇÃO 1545

RÔMULO GRATIVOL GOMES

AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DA TAXATIVIDADE MITIGADA DO ROL DO ARTIGO 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... 1559

SAVANA DA SILVA SOARES

A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL: UMA REFLEXÃO ACERCA DA SUA APLICAÇÃO NA PERSECUÇÃO PENAL 1573

STEPHANIE MOLEDO BENEVIDES CARVALHO

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LEI Nº 13.709/18): O DIREITO À REVISÃO E À EXPLICAÇÃO DO SCORE DE CRÉDITO 1588

TATIANA HILÁRIO DA ROCHA DOS SANTOS

FEMINICÍDIO: A NATUREZA OBJETIVA DA QUALIFICADORA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO À MULHER..... 1604

THIAGO DANTAS CUNHA NOGUEIRA DE SOUZA

DIREITO AO ESQUECIMENTO E O CONFLITO COM O DIREITO À INFORMAÇÃO DIANTE DO FENÔMENO DAS NOVAS MÍDIAS SOCIAIS 1618

THIAGO MARTINS RAMOS FONSECA

NATUREZA JURÍDICA DO ART. 1.015 DO CPC: TAXATIVIDADE MITIGADA? 1634

THIAGO NUNES SARPA

O PLEA BARGAINING NO BRASIL: NOVO MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIAL COMO PROMOÇÃO DA EFICÁCIA E CELERIDADE NO PROCESSO PENAL SEM PREJUÍZO ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS 1650



TIAGO DO VALLE JANKE

A QUEM PERTENCE A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE O QUE É MATÉRIA CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....1666

TINAE LUISA DEGUCHI HAYASHI

A TRIBUTAÇÃO DA ECONOMIA DIGITAL SOB A PERSPECTIVA DO PROJETO BEPS (BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING) 1681

VALERIA CRISTINA RIBEIRO

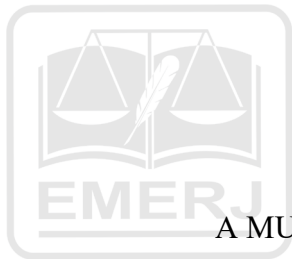
A EXTINTA ENFITEUSE PRESENTE NOS DIAS ATUAIS, E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL FRENTE A ESPECULAÇÃO IMOBILIÁRIA..... 1696

VICTOR DE CARVALHO MACHADO DA SILVA

A REPARAÇÃO CIVIL EM DECORRÊNCIA DA FALSA ALEGAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL 1710

VIVIANE ANDRADE CHARNAUX SERTÃ

ANÁLISE SOBRE O ABORTO E A VIABILIDADE DE SUA DESCRIMINALIZAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... 1726



A MULHER TRANSEXUAL E A QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO: APLICABILIDADE E QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Jéssica da Cunha Ramos

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense,
Advogada

Resumo –A Lei nº 13.104/2015, que alterou o artigo 121 do Código Penal para prever o feminicídio como qualificadora do crime de homicídio, utilizou a palavra “sexo” em vez da palavra “gênero”, o que gerou controvérsia sobre quem poderia ser o sujeito passivo do delito. Assim, o presente trabalho se propõe a discutir a possibilidade de a mulher transexual figurar como vítima do crime de feminicídio. Para tanto, serão delimitadas as diferenças entre “sexo” e “gênero” para fins de reconhecimento de mulheres plurais. Será feita uma análise da literalidade do tipo penal, bem como serão abordadas as divergências doutrinárias e jurisprudência sobre o tema. Por fim, será apresentada uma proposta hermenêutica para que seja possível a aplicação da qualificadora do feminicídio às mulheres transexuais.

Palavras-chave – Direito Penal. Feminicídio. Gênero. Mulheres Transexuais.

Sumário –Introdução. 1. Distinção entre sexo e gênero: um debate sobre a construção social do feminino e a necessidade de reconhecimento de mulheres plurais. 2. A qualificadora do feminicídio e as controvérsias quanto à sua aplicação aos homicídios praticados contra mulheres transexuais. 3. Aplicabilidade da qualificadora do feminicídio às mulheres transexuais: uma proposta hermenêutica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de a mulher transexual figurar como vítima do crime de feminicídio, abordando a aplicabilidade da qualificadora prevista no artigo 121, inciso VI, do Código Penal e suas questões controvertidas.

Para tanto, serão analisadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a possibilidade de aplicação da qualificadora do feminicídio às mulheres transexuais, bem como suas controvérsias.

A Lei nº 13.104/2015 alterou o artigo 121 do Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. A redação do inciso VI do parágrafo 2º do artigo 121 do Código Penal passou a prever expressamente que ocorre o feminicídio em caso de homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Em razão da utilização do termo “sexo” em vez de “gênero”, surgiu controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre quem poderia ser o sujeito passivo do crime de feminicídio. A análise literal do tipo penal, sem qualquer juízo de valor, exclui a mulher transexual da

figura qualificadora, pois não nasceu com o sexo feminino. Ademais, é vedada a analogia in malam partem.

Ainda na parcela da doutrina mais moderna, que aceita que a mulher transexual figure como vítima do feminicídio, existe divergência sobre a necessidade de alteração do registro civil para que a mulher transexual seja vítima de feminicídio. Desse modo, trata-se de questão não pacificada no ordenamento jurídico.

O Brasil lidera o ranking mundial de assassinatos de transexuais, de modo que se mostra necessária uma tutela penal para mulheres transexuais, mortas em razão de sua condição de mulher. Busca-se analisar a qualificadora do feminicídio e sua utilização como alternativa de tutela às mulheres transexuais, necessitando apenas superar a interpretação literal dada à sua redação.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando as diferenças entre “sexo” e “gênero” e a importância de tais conceitos para a compreensão de identidade de gênero e a necessidade de reconhecimento de mulheres plurais. Busca-se mostrar que o “feminino” não é uma questão biológica e natural, mas sim uma construção social sobre corpos e comportamentos, de modo que não há falar em qualquer diferenciação entre mulheres cisgêneros e mulheres transgêneros.

No segundo capítulo, busca-se analisar como a utilização da palavra “sexo” na Lei do Feminicídio gerou divergência na doutrina sobre a possibilidade de aplicação da qualificadora às mulheres transexuais. São apresentadas três correntes doutrinárias sobre a definição de “mulher” para fim de aplicação da qualificadora do feminicídio, os critérios utilizados por elas, bem como as manifestações jurisprudenciais sobre o tema.

Por fim, no terceiro capítulo, a partir de uma análise da real intenção do legislador, do contexto histórico da elaboração da Lei do Feminicídio e do sistema normativo vigente, busca-se apresentar uma proposta hermenêutica para a aplicação da qualificadora do feminicídio às mulheres transexuais.

A pesquisa será desenvolvida pelo método de revisão bibliográfica e de registro histórico da jurisprudência, uma vez que o pesquisador pretende analisar as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a aplicabilidade da qualificadora do feminicídio às mulheres transexuais.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente ao tema - analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. DISTINÇÃO ENTRE SEXO E GÊNERO: UM DEBATE SOBRE A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO FEMININO E A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DE MULHERES PLURAIS

A definição de “mulher” difundida na sociedade moderna perpassa por uma ideia binária de papéis sociais, de modo que a identidade de mulher estaria ligada à estrutura de cromossomos e à anatomia genital. Entretanto, para que se possa compreender a identidade feminina, é necessária a distinção entre “sexo” e “gênero”.

Conforme afirma Jaramillo¹, enquanto a palavra “sexo” é utilizada para se referir ao aspecto biológico, para a distinção entre macho e fêmea, a palavra “gênero” se refere à uma construção social, onde as sociedades definem quais comportamentos devem ser considerados adequados para homens e mulheres.

Segundo Nicholson², a palavra “gênero”, além de ser usada em oposição à palavra “sexo” para distinguir o que é socialmente construído do que é biologicamente dado, também é usada para se referir a qualquer construção social que diferencia o masculino do feminino, incluindo a construção dos corpos. A utilização da palavra “gênero” para diferenciar corpos masculinos dos femininos apareceu quando muitos perceberam que a sociedade não forma só a personalidade e o comportamento, mas também as formas como o corpo aparece. No entanto, se o corpo é visto através de uma interpretação social, o sexo não pode ser independente do gênero, devendo ser subsumido por este.

Assim, aquilo que se define como mulher ou “feminino” não é meramente uma questão biológica e natural, atrelada ao sexo de nascimento, mas sim um padrão socialmente construído de feminilidade sobre corpos e comportamentos. O gênero, portanto, é uma construção social sobre a diferença sexual, de modo que sexo e gênero não possuem relação de independência.

Ainda, segundo Jaramillo³, as considerações teóricas sobre a diferenciação entre sexo e gênero vieram como resposta à constatação de que o tratamento que um indivíduo recebe socialmente depende da percepção social que se tem dele e do que se espera segundo o seu sexo. Portanto, o que seria socialmente mais importante é o gênero, e não o sexo.

¹ JARAMILLO, Isabel. La crítica feminista al derecho. In.: WEST, R. *Gênero y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, p. 105.

² NICHOLSON, Linda. “Interpreting Gender” em Linda Nicholson, *The Play of Reason: From the Modern to the Postmodern* (p.53-76). Cornell University, 1999, p 1-2.

³ JARAMILLO, op. cit., p. 106.

A definição de gênero por Scott⁴ aponta que um dos elementos constitutivos de tal conceito é a dimensão subjetiva, que diz respeito aos elementos da identidade subjetiva dos sujeitos, que interagem com as relações sociais.

A identidade de gênero, nesse sentido, se trata da dimensão subjetiva do sujeito, ou seja, se trata do “gênero” psicológico do indivíduo, que pode não estar alinhado com o “sexo” biológico. Conforme Szaniawski⁵, o gênero seria um conjunto de atribuições físicas, psíquicas e comportamentais do indivíduo, totalizando sua identidade e estado sexual.

Portanto, a distinção entre “sexo” e “gênero” também é essencial para que se possa entender a transexualidade, que está intimamente relacionada à identidade de gênero. De acordo com Diniz⁶, a transexualidade é a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e anatomia de gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto. Há uma divergência entre identidade psíquica e sexual, de modo que há inversão da identidade psicossocial, manifestada por um desejo de reversão sexual integral, constituindo uma síndrome que é caracterizada por uma pessoa que genotípica e fenotipicamente pertence a um determinado sexo oposto.

Desse modo, o transexual é o indivíduo que possui a identidade de gênero oposta ao sexo biológico. A identidade subjetiva do indivíduo, incluindo suas atribuições psíquicas e comportamentais, se coaduna com o sexo oposto ao registrado na certidão de nascimento.

A mulher transexual é aquela que nasceu com o sexo biológico definido como masculino, mas possui a identidade de gênero feminina, de modo que se identifica como mulher, mesmo que tenha nascido com o sexo masculino. Conforme Castro⁷, “as mulheres que são transexuais afirmam de forma conclusiva que desde sempre se entendem como de fato mulheres e que nunca se sentiram como homens (seu sexo apontado no nascimento)”.

É importante ressaltar que a transexualidade está relacionada à incompatibilidade da identidade de gênero com o sexo biológico, de forma que não é necessária a cirurgia de readequação sexual para que o indivíduo se identifique e se apresente socialmente como

⁴ SCOTT apud COSTA, Marília Ferruzzi; MACHADO, Isadora Vier. *Lei do Feminicídio e mulheres trans: diálogos entre a instabilidade da categoria “mulher” e o discurso jurídico*, 2017, p.3. Disponível em: <http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499460981_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero-MariliaFerruzzi;IsadoraVier.pdf> Acesso em: 06 abr. 2019.

⁵ SZANIAWSKI apud SOUZA, Thais Correa. *A aplicabilidade da qualificadora do feminicídio, prevista na legislação penal brasileira, quando a vítima for mulher transexual*, 2017, p. 19. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6097/1/THAIS%20CORREA%20DE%20SOUZA.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

⁶ DINIZ apud NASCIMENTO, Franciele Borges; FÁVERO, Lucas Henrique. *Aplicabilidade da qualificadora do feminicídio ao transexual*, 2017, p. 8. Disponível em: <<https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/594c135a56383.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

⁷ CASTRO, apud SOUZA, op. cit., p. 21.

homem ou mulher. A cirurgia de readequação sexual se mostra apenas como uma opção de o indivíduo entrosar o seu sexo físico ao seu sexo psicológico.

De acordo com a ideia binária de identidade da mulher, ligada à estrutura de cromossomos e anatomia da genitália, o sexo seria a única diferença entre as biologicamente mulheres, chamadas de cisgêneros, das mulheres transexuais. Entretanto, conforme Smith e Santos⁸, “se o gênero é construído, é ato de performance, os indivíduos que possuem o sexo feminino de nascença não são mais originais do que as mulheres transexuais, uma vez que o gênero é uma repetição de atos diários”.

Ainda, de acordo com Butler⁹, sendo o caráter do sexo contestável, talvez o construto do “sexo” seja tão culturalmente construído quanto o gênero; a rigor, talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de forma que não haveria qualquer distinção entre sexo e gênero.

Assim, sendo o gênero uma construção social, e até mesmo o caráter do sexo contestável, há a necessidade de desligar o sexo do caráter biológico, devendo ser entendido como uma construção social, o tornando indiferenciável do gênero.

Sendo o sexo subsumido pelo gênero, não há falar em qualquer diferenciação entre mulheres cisgênero e mulheres transgênero. Há, portanto, a necessidade de reconhecimento de mulheres plurais, superando a ideia binária ligada à estrutura de cromossomos e anatomia da genitália.

2. A QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO E AS CONTROVÉRSIAS QUANTO À SUA APLICAÇÃO AOS HOMICÍDIOS PRATICADOS CONTRA MULHERES TRANSEXUAIS

A Lei nº 13.014/2015¹⁰ alterou o artigo 121 do Código Penal¹¹ para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Foi inserido o inciso IV

⁸ SMITH; SANTOS apud NOGUEIRA, Thaysa Silva. *Feminicídio no Brasil e transexualidade: uma revisão de literatura*, 2017, p. 14. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/1202/1/TCC%20-%20THAYSA%20NOGUEIRA.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

⁹ BUTLER apud MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e Política*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 83.

¹⁰BRASIL. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13104.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

¹¹BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

no parágrafo 2º do artigo 121 do Código Penal¹², que tipifica o feminicídio em caso de homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Cumprido ressaltar que não basta que o sujeito passivo do crime de homicídio seja mulher para que se configure a qualificadora feminicídio. É necessário, conforme determina o parágrafo §2º-A do artigo 121 do Código Penal¹³, que o homicídio discriminatório seja praticado em situação de violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Note-se que, embora o parágrafo 2º-A¹⁴ preveja que o feminicídio ocorre quando há menosprezo ou discriminação à condição de mulher, o inciso IV¹⁵ utiliza a palavra “sexo” em vez de “gênero”. Diferentemente da Lei Maria da Penha¹⁶, que utiliza, em seu artigo 5º¹⁷, a palavra “gênero”, abrangendo tanto mulheres cisgênero quanto transgênero, a utilização da palavra “sexo” na qualificadora do feminicídio gerou impacto interpretativo sobre quem poderá ser considerada mulher para fins de seu reconhecimento.

Segundo Mello¹⁸, existem três posições doutrinárias sobre a definição de “mulher” para fim de aplicação da qualificadora do feminicídio. A primeira posição adota o critério psicológico, de modo que mulher é a pessoa cujo aspectos psíquicos e comportamentais são femininos. Portanto, para essa corrente doutrinária, pode ser enquadrada como vítima do feminicídio a mulher transexual, independentemente de cirurgia de redesignação de gênero ou alteração do registro civil. A segunda posição adota o critério jurídico-cível, de modo que deve ser considerado o sexo que consta no registro civil. Assim, em caso de decisão judicial para alteração do registro de nascimento, alterando o sexo, o conceito de mulher deixará de ser natural para ser um conceito de natureza jurídica. A terceira posição adota o critério biológico, de modo que se identifica a mulher em sua concepção genética ou cromossômica. Desse modo, ainda que a mulher transexual realize a cirurgia de redesignação de gênero, haverá alteração da concepção estética, mas não da concepção genética, não sendo possível a aplicação da qualificadora do feminicídio.

¹²Ibid.

¹³Ibid.

¹⁴Ibid.

¹⁵Ibid.

¹⁶BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

¹⁷Ibid.

¹⁸ MELLO, Adriana Ramos de. *Breves comentários à Lei 13.104/2015*, 2015, p. 04. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.958.11.PDF>. Acesso em: 05 jul. 2019.

Adotando o critério psicológico, Mello¹⁹ afirma que a qualificadora do feminicídio incide quando o sujeito passivo for mulher, ou seja, quando a pessoa se identificar com o sexo feminino, mesmo quando não tenha nascido com o sexo biológico feminino. Assim, haverá feminicídio quando uma mulher, assim entendida como toda pessoa que se identificar com o gênero feminino, independente da realização da cirurgia de mudança de sexo, for morta em razão desta condição.

Bitencourt²⁰, adotando o critério jurídico-cível, afirma que somente quem for oficialmente identificado como mulher, ou seja, quem apresentar documentação civil identificando-se como mulher, poderá ser sujeito passivo da qualificadora do feminicídio.

No mesmo sentido, afirma Cunha²¹ que a “mulher” de que trata a qualificadora é aquela reconhecida juridicamente. Assim, não há como negar a incidência da lei penal no caso de transexual que formalmente obtém o direito de ser identificado como mulher, uma vez que, para todos os demais efeitos, esta pessoa será considerada mulher.

Adotando o critério biológico, Barros²² sustenta que o legislador, mesmo sabendo que existem outros gêneros sexuais, não incluiu transexuais ou travestis, de modo que não poderiam ser vítimas de feminicídio. O autor critica o critério psicológico pelo fato de que é formado pela íntima convicção da pessoa que entende ser do sexo feminino, o que pode ser subjetivo diante do caso concreto, não sendo compatível com o direito penal moderno. Ainda, critica o critério jurídico-cível, uma vez que as instâncias cível e penal são independentes; assim, utilizar em prejuízo do réu a mudança jurídica no cível configuraria analogia in malam partem, que é vedada pelo princípio da legalidade.

Desse modo, a definição de “mulher” para fins de reconhecimento da qualificadora do feminicídio não se encontra pacificada na doutrina brasileira. Enquanto uma corrente mais conservadora adota um critério estritamente binário, definindo a mulher pelos cromossomos e anatomia genital, as correntes mais modernas superam o critério biológico, mas divergem sobre a necessidade de alteração do registro civil.

No âmbito da jurisprudência, ainda são poucas as manifestações sobre a possibilidade de a mulher transexual figurar como sujeito passivo do crime de feminicídio. No ano de 2016,

¹⁹Ibid., p. 04-05.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual*, 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-femicidio-aplicado-transexual>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

²¹ CUNHAapud BARBOSA, Danieli. *Aplicabilidade da qualificadora do feminicídio ao transexual*, 2016. Disponível em: < <https://daniibarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/372572018/aplicabilidade-da-qualificadora-do-femicidio-ao-transexual>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

²² BARROSapud MELLO, op. cit. p. 04.

o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu a primeira denúncia no Estado por feminicídio de mulher transexual. A vítima sofreu violência doméstica e foi morta a facadas por seu companheiro, com quem vivia há dez anos²³.

Conforme noticiado, a vítima não fez cirurgia de redesignação sexual e não alterou o nome e gênero no registro civil²⁴. Segundo Flávio Farinazzo Lozza²⁵, promotor de justiça que fez a denúncia do caso, “ela era mulher e se identificava como tal. Fez algumas cirurgias, como a manipulação de silicone nos seios. Fazia uso de seu nome social e assim era tratada por todos no seu dia-a-dia, inclusive pelo seu parceiro”.

A denúncia foi recebida e o réu foi pronunciado em 28 de fevereiro de 2018. Na fundamentação da decisão, a juíza de direito Patrícia Inigo Funes e Silva²⁶, da 3ª Vara do Júri da Comarca de São Paulo, adotou o critério psicológico, levando em consideração o conceito social de mulher, onde estão incluídas as mulheres transexuais. Ainda, fundamentou que o reconhecimento da transexual prescinde a intervenção cirúrgica, bastando que o sujeito se considere mulher e se comporte como tal.

Em maio de 2019, também no Estado de São Paulo, foi recebida novamente denúncia de feminicídio contra mulher transexual. No entanto, nesse caso, além de ser tratada socialmente como mulher por pessoas de seu convívio, a vítima providenciou a retificação em seu registro de nascimento²⁷. Embora o juiz de direito Luís Felipe Vizotto Gomes²⁸, da 1ª Vara

²³BONFIM, Daiane. *Justiça aceita primeira denúncia de feminicídio de mulher trans em São Paulo*, 2016. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/justica-aceita-primeira-denuncia-de-feminicidio-de-mulher-trans-em-sao-paulo/>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

²⁴Ibid.

²⁵LOZZA apudIbid.

²⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 0001798-78.2016.8.26.0052*. Juíza de Direito: Dra. Patrícia Inigo Funes e Silva. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=000179878.2016.8.26.0052&cdProcesso=1G0001U990000&cdForo=52&baseIndice=INDD&nmAlias=PG5BFDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&accessibilidade=false&ticket=b3faX7U96HU3j3SBE06eBco7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvNIZYA8VEjlv75gqJVDSH301dlp92%2BGHI0iHgKWV0s2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXL5xLC%2B17YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoYvkDtwEflYjpHPnin%2B4wUZxnYcugAfl3u4dHzccYffzXsS7H%2FexlL9IT7anzUMAq2dZl7p51Gmls3xPWIRfd04%3D>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

²⁷SAMPAIO, Paulo. *Justiça trata caso de mulher trans morta a pauladas em SP como feminicídio*, 2019. Disponível em: <<https://paulosampaio.blogosfera.uol.com.br/2019/05/14/justica-trata-caso-de-mulher-trans-morta-a-pauladas-em-sp-como-feminicidio/>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

²⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 1500874-85.2019.8.26.0052*. Juiz de Direito: Dr. Luís Felipe Vizotto Gomes. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=150087485.2019.8.26.0052&cdProcesso=1G000281X0000&cdForo=52&baseIndice=INDD&nmAlias=PG5BFDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&accessibilidade=false&ticket=b3faX7U96HU3j3SBE06eBco7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvUemUXWGDgZjsbDF5Ur5xX01dlp92%2BGHI0iHgKWV0s2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXL5xLC%2B17YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoaNSCE32J2jE%2Bg11AdjRRj1qt0LTTPEC6CiWIHD42SIDEozBKa3gxVeqo3UjnUdF6mdz17p51Gmls3xPWIRfd04%3D>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

do Júri da Comarca de São Paulo, tenha recebido a denúncia, não se manifestou na decisão sobre qual critério de definição de mulher adota para fins de aplicação da qualificadora do feminicídio.

Cabe ressaltar também que, em maio de 2019, a Polícia Civil do Estado de São Paulo registrou a primeira mulher transexual como vítima de feminicídio. Foi primeiro caso de feminicídio de mulher transexual registrado na esfera policial no Estado de São Paulo²⁹.

Desse modo, embora sejam poucos os casos noticiados, é possível observar que, no Estado de São Paulo, a tendência é de admitir a mulher transexual como vítima do crime de feminicídio. Sendo admitida a mulher transexual como vítima, é possível concluir que não é adotado o critério biológico, mas ainda não existem informações suficientes para determinar se prevalecerá o critério psicológico ou o critério jurídico-cível.

Por se tratar de matéria recente, não foram encontradas manifestações dos Tribunais Superiores e nem dos Tribunais de Justiça de outros estados sobre o tema.

3. APLICABILIDADE DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO ÀS MULHERES TRANSEXUAIS: UMA PROPOSTA HERMENÊUTICA

Para que seja analisada uma proposta hermenêutica de aplicação da qualificadora do feminicídio às mulheres transexuais, é necessário, em primeiro lugar, analisar a real intenção do legislador e o contexto histórico da elaboração da Lei do Feminicídio.³⁰

O Brasil, em agosto de 1996, editou o Decreto nº 1.973, promulgando a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará em junho de 1994. O artigo 1º da referida Convenção estabelece que se entende por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que causa morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.³¹

Para cumprir as determinações da Convenção, foi publicada, em agosto de 2006, a Lei nº 11.340, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, que dispôs sobre as várias

²⁹ ACAYABA, Cíntia; ARCOVERDE, Léo. *Polícia de SP registra 1ª transexual como vítima de feminicídio; casos aumentam 54% no 1º quadrimestre*, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/31/policia-de-sp-registra-primeira-transexual-como-vitima-de-feminicidio-casos-aumentam-54percent-no-1o-quadrimestre.ghtml>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 10

³¹ MELLO, op. cit., p. 03.

formas de violência contra a mulher e estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.³²

Completando o sistema de proteção, a Lei nº 13.104/2015 surgiu por meio do Projeto de Lei do Senado nº 292/2013, proposto pela Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada para investigar a violência contra as mulheres no Brasil. Tal proposta surge diante da constatação do alarmante número de mulheres mortas por violência de gênero no país e da omissão, por parte do Estado, a respeito do problema. A proposta da qualificadora do feminicídio a descreve como forma extrema de violência de gênero que resulta na morte das mulheres.³³

Assim, por meio de uma interpretação teleológica e histórica, é possível concluir que a Lei do Feminicídio é proposta com o intuito de enfrentar a violência de gênero observada no Brasil. É no cenário de menosprezo à condição de mulher que a Lei do Feminicídio encontra a sua razão de ser.³⁴

No mesmo sentido, afirma Mello que, embora tenha ocorrido a substituição do termo “gênero” para o termo “sexo”, o texto normativo se prende a razões de gênero. Por essa razão, observa-se que o legislador não trouxe simplesmente uma qualificadora para a morte de mulheres, pois não previu “se o crime é cometido contra a mulher”, mas sim “por razões da condição de sexo feminino”, fazendo referência ao gênero feminino.³⁵

Sendo o feminicídio caracterizado em razão da condição mulher, mostra-se acertada a interpretação teleológica e histórica de que ele ocorre por condição de gênero feminino. O gênero é a construção social que define os comportamentos e os corpos femininos, diferenciando-os do masculino, de modo que a condição de mulher está intrinsecamente relacionada ao gênero. O feminino nada mais é do que um construto social que perpassa a estrutura cromossômica e a anatomia genital, de modo que dentro do seu conceito estão englobadas as mulheres cis e as mulheres trans.

Portanto, ainda que por meio de uma interpretação literal a mulher transexual não seja abrangida pela qualificadora do feminicídio, por conta do uso do termo “sexo”, o processo interpretativo não pode ignorar a *ratio legis*, que é a de enfrentamento de violência de gênero.

Ainda, por se tratar de lei que visa a proteção da mulher, deve ser interpretada em conformidade com a Lei Maria da Penha³⁶, que estabelece, em seu artigo 5º, que configura

³² Ibid.

³³ COSTA; MACHADO, op. cit., p. 08.

³⁴ Ibid.

³⁵ MELLO, op. cit., p. 04.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 16

violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, sofrimento físico, sexual, ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Ao se utilizar da palavra “gênero”, a Lei Maria da Penha³⁷ inseriu no ordenamento jurídico um conceito amplo de mulher. Por essa razão, restou pacificada na jurisprudência a sua aplicação às mulheres transexuais.

Logo, por meio de uma interpretação sistemática, é possível observar que a Lei do Feminicídio, ao restringir as vítimas à condição de “sexo feminino”, vai de encontro ao conceito amplo de mulher inserido pela Lei Maria da Penha no nosso ordenamento jurídico. A restrição às pessoas de “sexo feminino”, em casos de mortes causadas por razões de gênero, mostra um grande desrespeito à unidade conceitual do ordenamento jurídico.³⁸

Ao aplicar uma interpretação lógico-sistemática, é possível concluir que a Lei do Feminicídio deve expressar sua vontade em consonância com sistema normativo que integra. Uma vez que a Lei Maria da Penha oferece o conceito normativo de violência doméstica resgatado pela Lei do Feminicídio, e que, do mesmo modo, institui interpretação normativa do conceito de “mulher” que se sobressai à lógica descritiva do Direito Penal, não pode a Lei do Feminicídio apresentar retrocessos em relação às disposições já positivadas no ordenamento jurídico a respeito da violência de gênero.³⁹

Portanto, sendo amplo o conceito de “mulher” inserido no ordenamento jurídico, pautado no conceito de gênero, é possível incluir a mulher transexual nas leis de proteção à mulher por meio de uma interpretação extensiva. Isso ocorre porque o gênero não se limita apenas à identidade sexual, mas também engloba a identidade de gênero. A exclusão de mulheres transexuais do âmbito de proteção da Lei do Feminicídio⁴⁰ configuraria uma regressão discursiva.

É importante ressaltar que a interpretação extensiva não se confunde com a analogia ou com a interpretação analógica. A interpretação analógica ocorre quando existem expressões ampliativas presentes no próprio texto da lei, ou seja, é um meio indicado pela própria lei para que seu preceito normativo se estenda a casos semelhantes. Já a analogia é um meio de integração que estende a aplicação de uma norma a casos análogos que não estejam contemplados no texto legal.⁴¹

³⁷ Ibid.

³⁸ COSTA; MACHADO, op. cit., p. 08

³⁹ Ibid.

⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 10

⁴¹ COSTA; MACHADO, op. cit., p. 09-10

Na interpretação extensiva, por outro lado, a vontade da lei existe, mas precisa ser buscada e revelada pelo intérprete da lei.⁴² Conforme Nucci, a interpretação extensiva é aquela que busca o verdadeiro significado das normas, por meio da ampliação do alcance das palavras de que se valeu o legislador.⁴³

Logo, é possível concluir que, em razão de uma interpretação teleológica, histórica, lógico-sistemática e extensiva, é completamente possível que a mulher transexual figure como vítima do crime de feminicídio. Tal interpretação busca efetivar a real intenção do legislador de proteger as mulheres sujeitas à violência de gênero, não podendo se falar em analogia *in malam partem*, que é vedada pelo Direito Penal.

Portanto, a controvérsia sobre a possibilidade de aplicação da Lei do Feminicídio⁴⁴ às mulheres transexuais poder ser solucionada por meio de uma correção interpretativa, de modo a garantir a dupla função do Direito Penal de proteção e garantia. Uma vez que as mulheres transexuais se encontram em situação de vulnerabilidade, sujeitas à violência de gênero, e o Brasil lidera o ranking mundial de assassinatos de transexuais⁴⁵, se mostra mais do que necessária a aplicação da tutela prevista na lei penal.

CONCLUSÃO

Embora as palavras “sexo” e “gênero” muitas vezes sejam utilizadas como sinônimos, possuem significados distintos. Enquanto o “sexo” se refere ao caráter biológico dos indivíduos, os dividindo entre macho e fêmea; o “gênero” se refere à uma construção social sobre os corpos e comportamentos dos indivíduos, os dividindo entre masculino e feminino.

Tais conceitos são importantes para que se possa compreender a identidade de gênero, uma vez que o fenômeno da transexualidade ocorre quando o gênero psicológico não está alinhado com o sexo físico do indivíduo. Assim, a mulher transexual é aquela que, embora tenha nascido com o sexo masculino, se identifica psicologicamente com o gênero feminino, rejeitando sua identidade genética e anatomia de gênero.

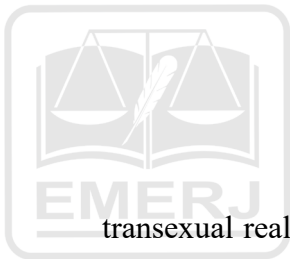
É importante ressaltar que transexualidade se configura com a incompatibilidade da identidade de gênero com o sexo biológico. Portanto, não é necessário que a mulher

⁴² PRADO; CARVALHO; CARVALHO apud Ibid.

⁴³ NUCCI apud LACERDA, Fabrício Xavier. *Feminicídio e Transgeneridade: análise dos paradigmas das identidades de gênero, da hermenêutica jurídica quanto à Lei 13.104/2015 e de sua aplicação em casos de mulheres trans*, 2016, p. 46. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/10657/1/21256392.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁴⁴ BRASIL, op. cit., nota 10

⁴⁵ CUNHA, Thais. *Rotina de exclusão e violência*. Disponível em: <<http://especiais.correiobraziliense.com.br/brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-de-transexuais>>. Acesso em: 15 set. 2019.



transexual realize qualquer cirurgia de readequação ou alteração do registro civil para que se identifique como mulher.

Ainda, sendo o gênero uma construção social e tendo o sexo um caráter contestável, devem se tornar indiferenciáveis, de modo que não há falar em qualquer diferenciação entre mulheres cisgênero e mulheres transgênero. Deve ser superada a ideia binária ligada à estrutura de cromossomos e anatomia da genitália, reconhecendo assim a pluralidade do conceito de “mulher”.

Destarte, ainda que o legislador tenha utilizado o termo “sexo” na redação da Lei nº 13.104/2015, o que gerou divergência sobre quem poderia o sujeito passivo do crime de feminicídio, não se pode negar sua real intenção, que é de combate à violência de gênero. A violência de gênero está relacionada ao desprezo da condição mulher, o que não se limita apenas ao caráter biológico, mas sim ao que foi socialmente construído como corpos e comportamentos femininos.

Ademais, por meio de uma interpretação teleológica, histórica, lógico-sistemática e extensiva, se mostra completamente possível que a mulher transexual figure como vítima do crime de feminicídio. Trata-se de correção interpretativa que confere proteção e garantia às mulheres transexuais, que se encontram em condição de vulnerabilidade, sujeitas ao alarmante número da violência de gênero.

Assim, a corrente doutrinária que adota o critério biológico não se mostra acertada, pois o conceito de “mulher” supera a estrutura genética e cromossômica. Ainda, se trata de uma interpretação extensiva, de modo que não há falar em analogia in malam partem, que é vedada pelo Direito Penal.

Também não se mostra acertada a corrente doutrinária que adota o critério jurídico-cível, pois a configuração da mulher transexual ocorre com a divergência entre a identidade de gênero e o sexo biológico, não havendo qualquer necessidade de retificação do registro civil. Sendo o gênero uma construção social, a alteração no registro civil se mostra irrelevante. Trata-se de condição que dificulta a garantia e proteção veiculadas na norma penal.

Por fim, se mostra acertada a corrente doutrinária que adota o critério psicológico, pois se coaduna com a pluralidade do conceito de “mulher”, abarcando as mulheres transexuais, independentemente de alteração do registro civil ou cirurgia de redesignação sexual. Tal critério se mostra em perfeita consonância com a intenção do legislador de combate à violência de gênero e com as funções de proteção e garantia do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ACAYABA, Cintia; ARCOVERDE, Léo. *Polícia de SP registra 1ª transexual como vítima de feminicídio: casos aumentam 54% no 1º quadrimestre, 2019*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/31/policia-de-sp-registra-primeira-transexual-como-vitima-de-femicidio-casos-aumentam-54percent-no-1o-quadrimestre.ghtml>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

BARBOSA, Danieli. *Aplicabilidade da qualificadora do feminicídio ao transexual, 2016*. Disponível em: <<https://daniibarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/372572018/aplicabilidade-da-qualificadora-do-femicidio-ao-transexual>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual, 2017*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-femicidio-aplicado-transexual>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

BONFIM, Daiane. *Justiça aceita primeira denúncia de feminicídio de mulher trans em São Paulo, 2016*. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/justica-aceita-primeira-denuncia-de-femicidio-de-mulher-trans-em-sao-paulo/>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

_____. *Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

_____. *Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 0001798-78.2016.8.26.0052*. Juíza de Direito: Dra. Patrícia Inigo Funes e Silva. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=0001798-78.2016.8.26.0052&cdProcesso=1G0001U990000&cdForo=52&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5BFDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&acessibilidade=false&ticket=b3faX7U96HU3j3SBE06eBco7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvNIZYA8VEjlv g75gqJVDSH301dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2BI7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoYvkDtwEflYjHPnin%2B4wUZxnYcugAfl3u4dHzccYffzXsS7H%2FexIL9IT7anzUMAq2dZl7p5lGm1s3xPWIRfd04%3D>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 1500874-85.2019.8.26.0052*. Juiz de Direito: Dr. Luís Filipe Vizotto Gomes. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1500874-85.2019.8.26.0052&cdProcesso=1G000281X0000&cdForo=52&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5BFDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&acessibilidade=false&ticket=b3faX7U96HU3j3SBE06eBco7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvUemUXWG DgZjsbDF5Ur5xX01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2BI7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoaNSCE32J2jE%2Bg1IAadjRRj1qt0LTTPEC6CiWIHD>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

42SIDE0zBKa3gxVeqo3UjnUdF6mdzl7p5lGm1s3xPWIRfd04%3D>. Acesso em: 06 jul. 2019.

COSTA, Marília Ferruzzi; MACHADO, Isadora Vier. *Lei do Femicídio e mulheres trans: diálogos entre a instabilidade da categoria “mulher” e o discurso jurídico*, 2017. Disponível em: < http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499460981_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero-MariliaFerruzzi;IsadoraVier.pdf> Acesso em: 06 abr. 2019.

CUNHA, Thais. *Rotina de exclusão e violência*. Disponível em: < <http://especiais.correio.braziliense.com.br/brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-de-transexuais>>. Acesso em: 15 set. 2019.

JARAMILLO, Isabel. La critica feminista al derecho. In.: WEST, R. *Gênero y teoriadelderecho*. Bogotá: SiglodelHombre Editores, Facultad de Derecho de laUniversidad de los Andes, EdicionesUniandes, Instituto Pensar, 2000.

LACERDA, Fabrício Xavier. *Femicídio e Transgeneridade: análise dos paradigmas das identidades de gênero, da hermenêutica jurídica quanto à Lei 13.104/2015 e de sua aplicação em casos de mulheres trans*, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/10657/1/21256392.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

MELLO, Adriana Ramos de. *Breves comentários à Lei 13.104/2015*, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.958.11.PDF>. Acesso em: 05 jul. 2019.

MIGUEL, Luis Felipe e BIROLI, Flávia. *Feminismo e Política*. São Paulo: Boitempo, 2014.

NASCIMENTO, Franciele Borges e FÁVERO, Lucas Henrique. *Aplicabilidade da qualificadora do feminicídio ao transexual*, 2017. Disponível em: < <https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/594c135a56383.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

NICHOLSON, Linda. “Interpreting Gender” em Linda Nicholson, *The Play of Reason: From the Modern to the Postmodern*. Cornell University, 1999.

NOGUEIRA, Thaysa Silva. *Femicídio no Brasil e transexualidade: uma revisão de literatura*, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/1202/1/TCC%20%20THAYSA%20NOGUEIRA.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

SAMPAIO, Paulo. *Justiça trata caso de mulher trans morta a pauladas em SP como feminicídio*, 2019. Disponível em: <<https://paulosampaio.blogosfera.uol.com.br/2019/05/14/justica-trata-caso-de-mulher-trans-morta-a-pauladas-em-sp-como-femicidio/>>. Acesso em: 06 jul. 2019.

SOUZA, Thais Correa. *A aplicabilidade da qualificadora do feminicídio, prevista na legislação penal brasileira, quando a vítima for mulher transexual*, 2017. Disponível em: < <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6097/1/THAIS%20CORREA%20DE%20SOUZA.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Jéssica Matolla Dantas Ramos

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais. Advogada. Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo – o direito à saúde gera debates acerca do alcance deste direito fundamental e suas repercussões na administração pública e nos orçamentos públicos, bem como as dificuldades para a sua concretização. Com o passar do tempo, a abrangência deste referido direito fundamental se transformou para se adaptar às novas condições e necessidades da sociedade. Assim, o presente trabalho procura demonstrar uma análise comparativa do histórico jurisprudencial dos Tribunais Superiores nas questões relativas às prestações do direito à saúde, ressaltando as alterações apresentadas ao longo dos anos. Em um primeiro momento, a jurisprudência negou a viabilidade judicial do direito à saúde. Depois, passou-se a uma etapa na qual o acesso às prestações materiais em saúde foi extremamente ampliado. Atualmente, prevalece uma posição conciliadora entre as necessidades do cidadão e a observância da racionalidade das políticas públicas, sem embargo da flexibilidade cabível em casos específicos.

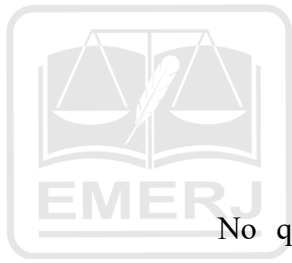
Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito à saúde. Jurisprudência

Sumário – Introdução. 1. As primeiras decisões dos tribunais superiores acerca do direito à saúde e a inviabilidade da reclamação judicial. 2. A segunda fase das decisões dos tribunais superiores acerca do direito à saúde. 3. O atual entendimento dos tribunais superiores acerca do direito à saúde. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema do direito à saúde, que tem sido objeto de intensa judicialização no Brasil, com um número crescente de ações. Este cenário tem gerado debates acerca do alcance deste inquestionável direito fundamental e suas repercussões na administração judiciária e nos orçamentos públicos. Procura-se demonstrar uma análise comparativa do histórico jurisprudencial dos Tribunais Superiores nas questões relativas às prestações do direito à saúde, ressaltando as alterações apresentadas ao longo dos anos.

A nossa Constituição, republicana e federativa, promulgada em 1988, ao conceber o Brasil como Estado Democrático de Direito representou importante marco evolutivo em relação aos direitos fundamentais. Estabeleceu efetiva cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, e consagrou várias gerações de direitos fundamentais. Entretanto, a tarefa mais difícil é a concretização desses direitos.



No que tange à efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração, as limitações financeiras do Estado representam grave óbice, haja vista que tais direitos reclamam, para a sua realização, atuação positiva do poder público. Assim, não raro os cidadãos consideram o acesso à saúde insuficiente ao atendimento das suas necessidades, recorrendo ao Poder Judiciário visando à obtenção de prestações.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do direito à saúde, mediante análise da jurisprudência das duas Cortes, classificando-as em fases distintas segundo critério cronológico.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os primeiros julgados, em que as duas Cortes firmaram interpretação que inviabilizava a reclamação judicial do direito à saúde, sob o argumento de que as políticas públicas sanitárias estariam submetidas a critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Segue-se demonstrando, no segundo capítulo, que os Tribunais Superiores passaram a adotar uma posição permissiva, na qual diversas prestações pleiteadas eram concedidas, sob a ótica da necessidade de resguardar a dignidade da pessoa humana.

O terceiro capítulo demonstra que, atualmente, os Tribunais Superiores passaram a adotar uma análise mais minuciosa do caso concreto, com considerações de ordem técnica, inaugurando na jurisprudência uma série de decisões que negou aos usuários do SUS determinadas prestações que estariam em desacordo com balizas das políticas públicas previamente delineadas. Ademais, a Audiência Pública n.4, convocada pelo Ministro Gilmar Mendes para tratar de assuntos afetos à área de saúde trouxe reflexos na jurisprudência das Cortes e nos atos do Conselho Nacional de Justiça.

Para o desenvolvimento deste artigo, empregou-se o método hipotético-dedutivo. Instrumentalizou-se a pesquisa com a análise comparativa do histórico jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça nas questões relativas às prestações do direito à saúde, expondo as alterações apresentadas ao longo dos anos.

Para dar embasamento teórico ao presente estudo, aplicou-se o método de pesquisa qualitativo, que será apresentado por meio de uma pesquisa descritiva-explicativa com o auxílio bibliográfico, jurisprudencial e pesquisa legislativa.

1. AS PRIMEIRAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO DIREITO À SAÚDE E A INVIABILIDADE DA RECLAMAÇÃO JUDICIAL

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi previsto expressamente como direito fundamental, que, alinhando-se à tendência constitucional contemporânea e ao direito internacional, outorgando-lhe tratamento específico nos artigos 196 e seguintes, bem como, por conseguinte, uma tutela jurídica diferenciada, digna de um valor fundamental constitucionalmente consagrado.

O novo modelo de assistência à saúde, desenhado pelo constituinte, permitiu a invocação da universalidade e integralidade como argumentos hábeis a possibilitar o pleito de prestações materiais negadas na via administrativa.

Entretanto, após repetidas buscas nos instrumentos de pesquisa do sítio eletrônico do STF, tendo como marco inicial o ano de 1988, constata-se a inexistência de qualquer julgado em que se declara, reconhece ou garante o direito fundamental à saúde jurisdicionalmente. Mesmo depois da promulgação da Constituição Federal, houve grande vácuo jurisdicional, sendo que o contato inicial dos tribunais com a judicialização do direito à saúde deu-se no início da década de 1990.

Tal constatação reforça a existência e importância do caráter da historicidade dos direitos fundamentais, pois não basta enumerar direitos fundamentais sem o correspondente processo empírico de formação, reconhecimento e garantia social.

Os primeiros julgados analisados pelas duas Cortes firmaram interpretação em que inviabilizava a reclamação judicial do direito à saúde, sob o argumento de que as políticas públicas sanitárias estariam submetidas a critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Um exemplo a ser citado é o julgado do Superior Tribunal de Justiça que analisou diretamente um pleito de fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde no Recurso em Mandado de Segurança nº. 6564/RS (95.0068782-8)¹, apreciado em 1996 pela Corte.

Tratava-se de mandado de segurança impetrado por uma menor contra o Governador do Estado do Rio Grande do Sul, cujo objetivo era a consecução de numerário suficiente para a importação dos Estados Unidos de aparelho apropriado (marca-passo) para seu uso, visto

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *RMS nº 6564/RS*. Primeira Turma. Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 23/05/1996, DJ 17/06/1996, p. 21448. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500687828&dt_publicacao=17-06-1996&cod_tipo_documento> Acesso em: 06 fev. 2020.



sofria de "síndrome da hipoventilação alveolar central", que geraria um custo de 50 mil dólares.

Fundamentava a impetração em que, o marca-passo era necessário para que a mantivesse viva e saudável, e esse direito estaria assegurado na Constituição Federal², nos artigos 6º, 196, 241, 242 e no Estatuto da Criança e do Adolescente³. Entretanto, o Governador do Estado se negava a atender ao seu pleito, indeferindo vários requerimentos que lhe foram dirigidos, em oportunidades diversas. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, da mesma forma, havia denegado a segurança.

No referido julgamento, o Ministro Relator Demócrito Reinaldo entendeu que as normas garantidoras do direito à saúde na Constituição Federal teriam natureza programática, pois protegem um interesse geral, todavia, não conferem aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir a sua satisfação pela via do procedimento jurisdicional, eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, carecendo, para sua eficácia, de regulamentação pelo legislador ordinário. Por isso, segundo o relator, não haveria direito líquido e certo a tutelar.

Ademais, o Ministro⁴ argumentou a impossibilidade de realização de despesa sem a autorização orçamentária competente, alegando que no sistema jurídico-constitucional brasileiro, a nenhum órgão ou autoridade é dado realizar despesas sem a devida previsão orçamentária. A dotação consignada no orçamento, para o fim da efetivação da despesa seja de qual natureza for, obriga aos órgãos da Administração, sob pena de incorrer no desvio de verbas. A realização de despesa está adstrita às regras de previsão da lei orçamentária (e Lei de Diretrizes Orçamentárias). Ao Administrador é vedado realizar despesas sem previsão na lei de meios, ou sem prévia autorização legislativa, em que se indique, desde logo, a disponibilidade financeira específica⁵:

A satisfação do direito pleiteado, inclusive com base em preceito da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) demandaria previsão expressa de dotações orçamentárias - e com fim específico - ao menos, como acentuou a autoridade coatora, "ao nível dos programas aprovados e desenvolvidos pelos serviços de saúde pública, os quais, por seu turno, em sua execução, sujeitam-se ao rigoroso sistema de controle orçamentário".

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 out. 2019.

³ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 15 out. 2019.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵ Ibid.

Em contraste e como limitação à concretização plena do direito à saúde (bem como dos direitos sociais em geral), afigura a cláusula da reserva do possível. A tensão envolve a busca pela efetivação do direito à saúde, diante da inexistência de recursos públicos suficientes para tal.

Sarlet e Figueiredo⁶ apresentam a cláusula da reserva do possível em uma tríplice dimensão: a disponibilidade fática de recursos públicos; a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos, relacionada à repartição de receitas e competências constitucionais; a proporcionalidade e a razoabilidade da prestação social exigida pelo titular do direito:

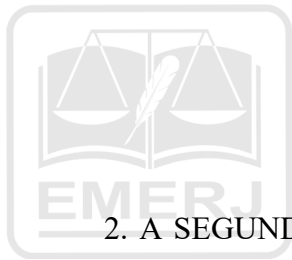
A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

A cláusula da reserva do possível não admite que o Judiciário imponha ao Poder Público a criação de um gasto desmedido para dispor daquilo que não possui. Ela tentar impor limites econômicos para a possibilidade material desse direito.

Com base no acima exposto, o Superior Tribunal de Justiça acatou o argumento das cláusulas restritivas dos direitos fundamentais sociais, e entendeu pela natureza programática das normas definidoras de direitos sociais, que elas são de eficácia limitada, ou seja, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, não dispõem de eficácia plena, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Assegurou, ainda, a reserva do possível como uma condição de restrição fática caracterizada pela escassez de recursos públicos ponderada em situações concretas que envolvam direitos sociais prestacionais.

Desta forma, a Corte acatou o argumento das cláusulas restritivas dos direitos fundamentais sociais em razão da natureza programática das normas definidoras de direitos sociais e a reserva do possível, concluindo pela impossibilidade de realização da despesa sem a autorização orçamentária competente.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, jul. 2008, p. 31.



2. A SEGUNDA FASE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO DIREITO À SAÚDE

Segundo já mencionado, desde a promulgação da CF/88, ao longo dos anos a demanda judicial pela efetivação do direito à saúde é crescente e os Tribunais Superiores foram compelidos a se manifestar sobre o tema. Em um segundo momento, que pode ser pautado a partir dos anos 2000, a jurisprudência predominante passa a se filiar a um novo entendimento. Identificada a fundamentalidade material do direito à saúde, que emana diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, os tribunais superaram as várias teses defensivas da Fazenda Pública para fazer valer os pedidos dos usuários do Sistema Único de Saúde.

Um exemplo a ser citado é o julgado do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a obrigação do Município de Porto Alegre de fornecer gratuitamente medicamentos a favor de portadores hipossuficientes do vírus HIV, no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS⁷, julgado em 12/09/2000.

No recurso, o Município de Porto Alegre sustentou a violação do artigo 167, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que veda o início de programas e projetos não incluídos na lei orçamentária anual, argumentando ainda que caberia ao Poder Executivo o poder de iniciativa da lei de orçamento da seguridade social.

No referido processo, Tribunal de Justiça de Porto Alegre, que, com base no artigo 196 da Constituição da República, reconheceu incumbir solidariamente ao município de Porto Alegre e a Estado do Rio Grande do Sul, a obrigação de ambos fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos que envolvessem pacientes destituídos de recursos financeiros e que fossem portadores do vírus HIV.

Assim, em seu voto, o Ministro Relator Celso de Melo entendeu que o direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal, representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RE nº 271.286*. Segunda Turma. Rel. Min. Celso De Mello, j.123/09/2000. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>> Acesso em: 06 fev. 2020.

O Ministro destacou, ainda, que o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Desta forma, o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir em grave comportamento inconstitucional.

Como se percebe, neste caso o Supremo Tribunal Federal não fala propriamente em mínimo existencial ou reserva do possível, mas sinaliza com o entendimento de que os problemas orçamentários não podem ser obstáculos para o implemento dos direitos previstos constitucionalmente.

Seguindo a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça começou a mudar sua jurisprudência com o julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 11183/PR⁸. A referida demanda tratava-se de um mandado de segurança impetrado junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no qual a impetrante pretendida o fornecimento de medicamento para tratamento de grave doença neurológica – esclerose lateral amiotrófica. Com a ordem denegada em segunda instância, a impetrante impetrou o recurso ao STJ, aduzindo, dentre outros fundamentos, a existência de atestados de três médicos diferentes indicando a necessidade do medicamento Riluzol/Rilutek e, também, a preponderância do direito à vida.

O acórdão ressaltou a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a vida, e que nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido na Constituição Brasileira, de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, entendendo que é dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição Federal nos artigos 6º e 196. Desta forma, o Ministro entendeu que diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vinha se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado.

Concluindo, o voto⁹ apontou que não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *RMS nº 11183/PR*. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado. j.22/08/2000, p 121. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900838840&dt_publicacao=04-09-2000&cod_tipo_documento=>> Acesso em: 06 fev. 2020.

⁹ Ibid.

básicas dos cidadãos, razão pela qual o Recurso ordinário foi provido com o fim de compelir o Estado do Paraná a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade.

Neste caminhar, podemos perceber que os Tribunais Superiores começaram a expressar a ideia de que o direito à saúde configura parcela do mínimo existencial e que, por esta razão, deve ser obrigatoriamente concretizado pelo poder público. Comportamento contrário seria tido como “intolerável omissão”. Assim, afastou a tese fazendária de inaplicabilidade direta do artigo 196 da Constituição Federal, bem como a suposta impossibilidade de que o Poder Judiciário pudesse se imiscuir no orçamento público, de iniciativa exclusiva do Poder Executivo. Além disso, há a proibição da redução injustificada do grau de concretização alcançado por um direito fundamental prestacional.

De acordo com Marcelo Novelino¹⁰, a proibição a retrocesso é assim fundamentada:

A exigência de que seja garantida certa estabilidade para as situações ou posições jurídicas resultantes de políticas públicas implementadas no âmbito dos direitos fundamentais de caráter prestacional pode ser fundamentada em vários princípios consagrados na Constituição brasileira de 1988, dentre eles, o da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput* e inciso XXXVI), o da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), o da máxima efetividade (CF, art. 5º, § 1.º), o da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e o do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*).

A partir desses julgados vemos alterações na jurisprudência dos Tribunais Superiores, que passaram a entender que o direito a saúde está relacionado com o bem estar do ser humano, de forma universal e igualitária, sendo, portanto, parte o conceito de dignidade da pessoa humana. Porém não basta que este direito seja citado meramente citado na Constituição Federal, é preciso que ele seja efetivado. Como consequência, há flagrante desrespeito à Constituição Federal quando os Poderes Legislativos e Executivos não adotam medidas necessárias para a aplicação deste direito.

Por fim, vale ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, sendo dever do Estado fornecer as prestações materiais básicas, sob pena de intervenção do Poder Judiciário. O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro, sendo a base de direitos constitucionais, e ainda, orientador estatal, visto que todas as decisões tem que serem pautadas com o objetivo de garantir que a dignidade da pessoa humana seja preservada.

¹⁰ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodium, 2016, p. 464.

3. O ATUAL ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO DIREITO À SAÚDE

Em 2009, a Audiência Pública nº 4, convocada pelo Ministro Gilmar Mendes para tratar de assuntos afetos à área de saúde trouxe reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e as conclusões do voto do seu relator fixaram parâmetros judiciais a serem seguidos em ações do gênero, chancelados pelo tribunal.

Alguns processos¹¹ envolveram questões relativas à eficácia do artigo 196 da Constituição Federal e serviram de base para a convocação da referida Audiência Pública, tais como: (a) Agravo Regimental de Suspensão de Tutela Antecipada 223, que envolvia procedimento experimental não aprovado por órgão regulador, no qual o Plenário manteve a decisão que determinou o pagamento das despesas pelo Estado de Pernambuco mesmo sem a aprovação do procedimento; (b) Pedido de Suspensão de Liminar 228, em que foi necessário sopesar o direito dos cidadãos às vagas nas unidades de tratamento intensivo e as consequências para a ordem pública da decisão que determina suas instalações; (c) Suspensão da Tutela Antecipada 198, cuja decisão indeferiu o pleito do Estado do Paraná para suspender os efeitos de decisão que determinara o fornecimento de medicamento em mais de 1 milhão de reais anuais a uma criança portadora de doença genética rara e degenerativa.

O medicamento, segundo os atestados médicos, era a única esperança de melhora para o paciente, e a suspensão do tratamento poderia comprometer seu desenvolvimento físico; (d) Suspensão da Tutela Antecipada 268, que indeferiu o pedido do Município de Igrejinha (RS), que envolvia medicamento constante da lista do SUS, mas indisponível na farmácia municipal, sendo o referido município obrigado a fornecer o medicamento solicitado.

Assim, a audiência pública levou à estipulação de parâmetros bem mais nítidos para a racionalização da prática judiciária do direito à saúde.

Em 25/04/2018, o STJ, ao julgar o REsp nº 1.657.156-RJ¹² (Informativo 625), afirmou que o poder público é obrigado a conceder medicamentos mesmo que não estejam incorporados em atos normativos do SUS, desde que cumpridos três requisitos cumulativos, quais sejam: 1) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada 223*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>> Acesso em: 15 out. 2019.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. *REsp nº 1657156-RJ*. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em 25/04/2018 (recurso repetitivo). Disponível em <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1657156> Acesso em: 15 out. 2019.

expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS (este laudo médico não precisa ser assinado por médico vinculado ao SUS, mas ele precisa comprovar duas situações: a imprescindibilidade ou necessidade do medicamento pleiteado para o tratamento da doença, e ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS); 2) incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito (a aquisição do medicamento implique o comprometimento da sua própria subsistência e/ou de seu grupo familiar); e 3) existência de registro do medicamento na ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária (essa exigência decorre de imposição legal, tendo em vista o disposto no artigo 19-T, II, da Lei nº 8.080/90¹³).

Nesta ocasião, o STJ¹⁴ entendeu que não há violação ao princípio da separação dos Poderes. Isso porque uma das tarefas primordiais do Poder Judiciário é atuar para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente aqueles que se encontram previstos na Constituição Federal, e que o Poder Judiciário intervém no intuito de garantir a implementação de políticas públicas em que se busca a tutela do direito à saúde. Ademais, a Lei nº 8.080/90, que foi editada a fim de dar concretude ao SUS, prevê que o Poder Público deverá fornecer assistência integral, inclusive farmacêutica.

Assim, o STJ¹⁵ entendeu que o fato de o medicamento não integrar a lista básica do SUS não tem o condão de eximir os entes federados do dever imposto pela ordem constitucional, porquanto não se pode admitir que regras burocráticas, previstas em portarias ou normas de inferior hierarquia, prevaleçam sobre direitos fundamentais.

Entretanto, quando este acórdão foi publicado, o Estado do Rio de Janeiro, que era parte no recurso especial, opôs embargos de declaração pedindo que o STJ acrescente, no terceiro requisito da tese acima fixada, que não é possível o fornecimento de remédios para uso *off-label*, ou seja, para tratamento de enfermidade diversa daquelas indicadas na bula e autorizadas pela ANVISA, tendo o STJ acolhido o pedido no julgamento dos embargos de declaração. Desta forma, a regra é que não é possível que o paciente exija do poder público o fornecimento de medicamento para uso *off-label*. Excepcionalmente, será possível que o paciente exija este medicamento caso esse determinado uso fora da bula (*off-label*) tenha sido autorizado pela ANVISA.

¹³ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: 15 out. 2019.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 12.

¹⁵ Ibid.

Depois do julgado do STJ acima apontado, em 22/5/2019, o STF¹⁶ analisou um aspecto específico sobre o tema: a possibilidade ou não de fornecimento de medicamentos que ainda não estão registrados na ANVISA.

No caso em análise, ao julgar o RE nº 657718/MG¹⁷, o STF entendeu que como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na ANVISA por decisão judicial. Isso porque o registro na ANVISA é uma proteção à saúde pública, e é por meio dele que se atesta a eficácia, a segurança e a qualidade dos medicamentos comercializados no país. Além disso, ele serve também para garantir o devido controle dos preços. O registro sanitário não é, assim, um procedimento meramente burocrático e dispensável, mas processo essencial para a tutela do direito à saúde de toda a coletividade.

Tendo em vista essa preocupação, a Lei nº 6.360/76 proibiu a industrialização, exposição à venda e entrega ao consumo de qualquer medicamento antes de registrado no Ministério da Saúde (artigo 12 e artigo 1º), bem como previu requisitos específicos para a obtenção do registro, tais como o reconhecimento, por meio de comprovação científica e de análise, de que o produto seja seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias (artigo 16, II)¹⁸. Considerando a importância do bem jurídico tutelado pela atuação da ANVISA (direito à saúde) e tendo em vista o grau de complexidade e de preparação técnica exigido para a tomada de decisão sobre o registro de um medicamento, recomenda-se que haja uma especial deferência em relação às decisões da ANVISA e uma menor intensidade da revisão jurisdicional a fim de que o Poder Judiciário não se sobreponha à atuação da entidade competente, com evidente violação ao direito à saúde e ao princípio da separação de Poderes.

Entretanto, é possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido e desde que preenchidos três requisitos cumulativos¹⁹: a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *RE nº 657718/MG*, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019 (repercussão geral). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28657718%2ENUME%2E+OU+657718%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y3w9ruq6>>. Acesso em: 15 out. 2019.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6360.htm> Acesso em: 15 out. 2019.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 16.



Por fim, o STF²⁰ afirmou que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, visto que estes são medicamentos sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, e a administração da substância representa riscos graves, diretos e imediatos à saúde dos pacientes.

Assim sendo, podemos concluir que a decisão do STF no RE nº 657718/MG²¹ afeta, de algum modo, o entendimento do STJ fixado no REsp nº 1.657.156-RJ, visto que o terceiro requisito para a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, deve ser entendido como “a existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência”, podendo, excepcionalmente, haver a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016²²), quando preenchidos três requisitos citados anteriormente. Vale ressaltar que caso a ANVISA negue o registro do medicamento, o Poder Judiciário não poderá concedê-lo.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que no cenário delineado pela promulgação da Constituição Federal de 1988, a judicialização do direito à saúde tem sido uma das questões mais importantes da administração judiciária brasileira. O grande número de ações ajuizadas sobre o assunto demonstra a necessidade de se discutirem e adotarem parâmetros para que a tutela jurisdicional seja entregue ao cidadão de forma mais célere e justa possível, sendo certo que o referido direito fundamental tem ocupado lugar cada vez mais frequente no Poder Judiciário, principalmente através de medidas objetivando o fornecimento de medicamentos.

Como fruto das análises das jurisprudências dos Tribunais Superiores que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a existência de garantia para a efetividade do direito à saúde é indiscutível, e o caráter de direito fundamental que lhe foi atribuído, resulta na responsabilização de todo o sistema político, jurídico e administrativo do país. Assim, a insuficiência do serviço ofertado resultou na judicialização do direito à saúde.

Pode-se observar no decorrer dos capítulos elaborados, que a grande maioria dos pleitos relacionados com referido direito, tem por base o não fornecimento de tratamentos e

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 16.

²¹ Ibid.

²² BRASIL. *Lei nº 13.411*, de 28 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13411.htm> Acesso em: 15 out. 2019.

medicamentos que deveriam ser garantidos pelo Sistema Único de Saúde, diante da existência de Portarias e Decretos que regulamentam o seu fornecimento. Dessa forma, os Tribunais têm identificado esse problema e assumindo a responsabilidade pela garantia do direito.

As jurisprudências trazidas aqui demonstram que havia uma necessidade na evolução dos discursos justificadores da concessão do pleito. A mera constatação da existência do direito à saúde como direito fundamental, e a consequente responsabilização dos entes federativos quanto ao fornecimento de “qualquer” tratamento ou medicamento pleiteado, não poderiam se perpetuar nas decisões proferidas. O aumento exponencial do fluxo de medidas judiciais concessivas exigia uma justificativa mais concisa.

As decisões continuam, em sua grande maioria, sendo favorável à garantia do direito à saúde, demonstrando o reconhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça da existência de responsabilidade solidária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios quanto à efetivação desses direitos. Entretanto, os argumentos que embasam as atuais decisões estão mais atentos às particularidades do caso concreto, haja vista a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que desobriga Estado de fornecer medicamento sem registro na Anvisa e, assim, concluiu-se pela constitucionalidade do artigo 19-T da Lei nº 8.080/1990, que veda, em todas as esferas de gestão do SUS, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento experimental ou de uso não autorizado pela Anvisa, pois não se trata de negar direito fundamental à saúde, mas sim de analisar que a arrecadação estatal, o orçamento e a destinação à saúde pública são finitos.

Assim, diversos parâmetros foram traçados levando em conta as discussões colhidas na Audiência Pública nº 04, tendo, inclusive, na voz do Ministro Gilmar Mendes, desenhado diversos critérios de julgamento, de modo a orientar as decisões futuras do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais do país, no tocante à efetividade do direito à saúde.

Atualmente, a jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores tem observado os critérios postos pelas políticas públicas sanitárias estabelecidas pelo Estado brasileiro, sem se olvidar de conceder tutelas jurisdicionais especiais para situações específicas e graves, ponderando no caso concreto o direito do cidadão a ter providas suas necessidades sanitárias e os critérios da Administração Pública para o fornecimento das prestações materiais em saúde.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. (Syn)Thesis (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOTELHO, Ramon Fagundes. *A judicialização do direito à saúde*. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. *Conselho Nacional De Justiça*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf> . Acesso em: 03 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 mar. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *Despacho de Convocação de Audiência Pública*, de 5 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça, *RMS n° 6564/RS*. Primeira Turma. Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 23/05/1996, DJ 17/06/1996, p. 21448. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500687828&dt_publicacao=17-06-1996&cod_tipo_documento> Acesso em: 06 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal, *RE n° 271.286*. Segunda Turma. Rel. Min. Celso De Mello, j.123/09/2000. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>> Acesso em: 06 fev. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça, *RMS n° 11183/PR*. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado. j. 22/08/2000, p 121. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900838840&dt_publicacao=04-09-2000&cod_tipo_documento= Acesso em: 06 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada 223*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>> Acesso em: 15 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. *REsp n° 1657156-RJ*. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em 25/04/2018 (recurso repetitivo). Disponível em <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1657156> Acesso em: 15 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *RE n° 657718/MG*, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019 (repercussão geral). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28657718%2E%2E+OU+657718%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y3w9ruq6>>. Acesso em: 15 out. 2019.

_____. *Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976.* Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6360.htm> Acesso em: 15 out. 2019.

_____. *Lei nº 13.411, de 28 de dezembro de 2016.* Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13411.htm> Acesso em:
15 out. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder; DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional.* 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivim, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica.* Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional.* 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivim, 2017.



RECONHECIMENTO DE DIREITOS PARA ALÉM DOS SERES HUMANOS

Jessyca Pinto de Castro

Graduada pela Faculdade de Direito de Campos/UNIFLU. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Emerj.

Resumo – Pretende-se, neste trabalho, explicar a situação jurídica dos animais de forma crítica, na qual estes são vistos como “bens” e como não sujeitos de direito, sendo considerados seres vivos a disposição do homem que é seu proprietário, bem como, analisar sua suscetibilidade nessa posição de vulnerabilidade. Tem-se o intuito de demonstrar que os animais possuem valor em si mesmos, que são seres dotados de senciência e que merecem proteção e vida digna como sujeitos de direitos.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito dos Animais. Direitos Fundamentais.

Sumário – Introdução. 1. Reconhecimento do direito dos animais no âmbito jurídico 2. Até quando o animal será considerado como um ser que não possui interesse? 3. Qual seria a melhor solução: Personificar ou Descoisificar? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar a necessidade de garantir os direitos dos animais, levando em consideração a evolução da sociedade. Analisada pelo viés de que os animais domésticos devem ser vistos como seres sencientes que fazem parte do nosso dia-a-dia sendo tratados muitas vezes como membros da família, que têm sentimentos, sentem dor e exprimem suas vontades e necessidades.

Nesse sentido, no primeiro capítulo será observada a evolução no âmbito jurídico no que tange aos animais domésticos, apontando como o tratamento dado ao animal foi mudando ao longo do tempo. Além disso, o atual ordenamento jurídico, o qual no Código Civil trata o animal como bem móvel.

No segundo capítulo, será abordado o questionamento de até quando os animais serão tratados como seres que não possuem interesse na sociedade atual, bem como, a evolução gradativa no que diz respeito ao assunto perpassando por diversas situações e casos cotidianos.

Por fim, no terceiro capítulo será observada a diferença entre a personificação e descoisificação e a adoção de qual teoria seria mais benéfica e útil para os animais, que não devem ser humanizados e sim tratados como sujeitos de direitos.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, das 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. RECONHECIMENTO DO DIREITO DOS ANIMAIS NO ÂMBITO JURÍDICO

Inicialmente, é fundamental fazer uma breve digressão na evolução acerca dos animais no ordenamento jurídico. Com o passar dos anos foi possível observar um desenvolvimento social que, apesar de lento e gradativo, deu maior atenção ao tratamento dos animais pelo ser humano.

Observa-se que no Código Civil brasileiro de 1916¹ o art. 593 preceituava que os animais eram considerados coisas sem dono, sujeitas à apropriação. Em contrapartida, em outros países como Índia e Egito, alguns animais eram cultuados como divindades.

Como exemplo, cita-se, Hórus que é o Deus falcão, representado por um sol alado, destinado a se tornar a encarnação da realeza; Harthor, nome que significa ‘a casa de Hórus’, é representada pela vaca; Anúbis, divindade responsável por cuidar dos mortos, tem um aspecto canino. Acrescenta-se as referências trazidas por Paolo Scarpi², adiante:

A esse complexo de seres que temos o hábito de chamar de divindades estão associados animais correspondentes que se tornavam destinatários de um culto, dando lugar a uma verdadeira zoolatria, bastante difundida. É possível que os animais exprimissem uma qualidade específica do Deus a quem eram associados: Anúbis, por exemplo, divindade funerária dos cemitérios, era como um chacal.

Na Idade Média, os animais eram tratados processualmente como réus, acusados de crimes e tratado até como causadores de danos. No século XVIII, passou-se a justificar a domesticação dos animais, pois era uma maneira de atribuir-lhes maior tutela, pois assim compreendia-se uma forma de proporcionar melhores condições quando estivessem sob os cuidados dos homens, diferente se estivessem em ambiente natural, sob risco principalmente de

¹BRASIL. *Código Civil 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 ago. 2019.

² SCARPI, Paolo. *Politeísmos: as religiões do mundo antigo*. São Paulo: Hedra, 2004. p. 67.

predadores. A partir desse dado momento, pode-se vislumbrar o início de uma relação afetiva entre seres humanos e animais domésticos.

Posteriormente, de forma gradativa, os animais passaram a estar mais presentes na rotina dos homens, tanto no dia-a-dia de trabalho como nos ambientes familiares e o que hoje é considerado maus-tratos, como o abandono, ainda era um hábito muito comum.

Com a superação da fase do antropocentrismo, corrente filosófica que põe o foco de seus estudos no homem, a atenção foi voltada também para os animais. Notou-se que estes guardavam semelhanças com os homens, por perceber que aqueles são dotados de senciência, como bem explica Francione³:

Ser senciante significa ter um bem-estar experimental. Nesse sentido, todos os seres senciates têm um interesse não somente na qualidade de vidas, mas também na qualidade delas. Animais podem não possuir pensamentos abstratos sobre número de anos que irão viver, mas como o judaísmo prega de possuírem um interesse de não-sofrer e de experimentar prazer, tem um interesse em permanecer vivos. Eles preferem ou desejam permanecer vivos. A senciência não é um fim em si mesma. Seres senciates utilizam sensações de dor e sofrimentos para escapar de situações que ameaçam suas vidas, bem como sensações que ameaçam suas vidas [...] Negar que um ser que desenvolveu uma consciência sobre a dor e o prazer não tem interesse em permanecer vivo é dizer que seres conscientes não têm interesse em permanecer conscientes, uma posição bastante peculiar a ser defendida.

Conforme depreende o entendimento supracitado, deu-se início ao reconhecimento de que os animais podiam despertar relações de proximidade e afeto, ou seja, que eram seres dotados de senciência.

Ademais, fazendo um comparativo entre as diversas interpretações doutrinárias, sobre o animal como propriedade e o reconhecimento dos interesses dos animais, Favre é incisivo em afirmar que deve se agir de forma mais proativa na mudança do status do animal de coisa para sujeito de direitos.

Como se nota, existe um progresso e estudo acerca do tratamento dado aos animais ao longo da história, bem como o que estes representavam. Frisa-se, como observado pelos ensinamentos acima descritos que, diante da compreensão de sentimentos por parte dos animais, tornou-se inegável a possibilidade de afeto entre humanos e animais.

No contexto da legislação, cabe mencionar os passos dados pela UNESCO, da Declaração Universal dos Direitos do Animais⁴, em 15 de outubro de 1978, em Paris, em que dispunha no art. 2º, “cada animal tem direito ao respeito”. Além disso, o art. 14, chamava

³ FRANCIONE, G.L. *Introdução aos direitos animais*. Campinas: Unicamp. 2013. p. 36.

⁴ BRASIL. *Declaração Universal dos Animais*. Disponível em: <<https://tarabori.jusbrasil.com.br/artigos/294488410/declaracao-universal-dos-direitos-dos-animais>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

atenção para a mesma causa, pois dispunha que as associações de proteção e de salvaguarda dos animais devem ter uma representação perante o governo. Sendo compreendido que os direitos dos animais devem ser defendidos por leis, assim como os direitos humanos.

Houve a relevante elaboração do Decreto nº 24.645, de 1934, o qual atribuía importância aos animais, com intuito de prevenção aos maus-tratos e desrespeito, no entanto, tal Decreto foi revogado por ter sido elaborado em estado de exceção à época do governo de Getúlio Vargas em 1934.

Ao longo do tempo, encontram-se alguns dispositivos protetivos, a saber : Decreto lei nº 3.688, de 1941 (Lei de contravenção penal), em que se tipificava a crueldade contra animais; Decreto nº 5.197/67, em que tutela a fauna e a flora; Lei nº 9.605/98, conhecido como “Lei dos crimes ambientais”, voltada para condutas lesivas ao meio ambiente.

Compreender os animais pela literalidade do art. 82 do atual do Código Civil brasileiro⁵, tratando-os como bem móvel, é frágil, insuficiente, foge por completo da realidade, torna o direito obsoleto, pois não acompanha a evolução da sociedade. Nesse sentido, a título de reflexão, pense: quantas são as pessoas que tratam seus animais domésticos como verdadeiros membros de suas famílias? Quantos são os abrigos, e lares que resgatam animais abandonados?

Um estudo recente aponta que a presença dos animais domésticos no ambiente de trabalho de seus tutores é capaz de reduzir o stress e melhora a produtividade⁶, de forma que foi possível observar uma diferença, inclusive, na satisfação profissional.

Ademais, é de grande relevância mencionar o Projeto de Lei nº 1.058/11⁷, que pretende regulamentar a guarda dos animais em caso de separação conjugal, com o propósito de alcançar o melhor interesse do animal e o do casal.

Tal fato reforça a importância de alteração no entendimento de que os animais são semoventes e na lacuna protetiva que o ordenamento jurídico apresenta. Importante ter em mente que o fim da união estável ou do casamento dos genitores não pode interferir na continuidade das relações de afetividade e no vínculo parental, uma vez que o poder familiar permanece intacto. A família continua mesmo após a separação dos seus componentes, é um

⁵ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 22 ago. 2019.

⁶ CAMARGO, Suzana. *Presença de animais reduz estresse e melhora desempenho no ambiente de trabalho*. Disponível em:<<http://conexaoplaneta.com.br/blog/presenca-de-animais-reduz-estresse-e-melhora-desempenho-no-ambiente-de-trabalho/>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

⁷ BRASIL. *Projeto de Lei nº 1.058/11*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/FichaDetramitacao?idProposicao=498437>>. Acesso em: 31 out. 2019.

laço que se perpetua. Mesmo que haja conflito entre os pais, é preciso que seja dividido o tempo com os filhos de maneira equilibrada.

É fundamental que o direito acompanhe a sociedade. Diante da necessidade de eliminar-se o enquadramento jurídico dos animais como semoventes, abre-se espaço para entendimentos diversos. Maria Cristina Brugnara Veloso⁸, entende que os animais domésticos devem ser enquadrados como pacientes morais e sujeitos de direitos.

Portanto, não se trata apenas de reconhecer que os animais são seres sensíveis, os quais sentem dor e prazer, é preciso compreendê-los como membros da comunidade na qual estamos inseridos, dando-lhes sua devida importância no que tange as necessidades, carências e ao seu valor.

2. ATÉ QUANDO O ANIMAL SERÁ CONSIDERADO UM SER QUE NÃO POSSUI INTERESSE?

No Brasil, encontra-se na Constituição da República Federativa⁹ um pilar, sendo o art. 225, §1º, VII¹⁰, o qual prevê ser dever do Poder Público proteger a fauna e a flora, além de vedar a submissão de animais a crueldade.

Apesar de a Constituição enxergar os animais com olhar mais zeloso, o Código Civil faz a classificação dos animais como bens móveis, ou seja, seres claramente coisificados.

É notório que o pensamento no que tange a importância da valorização dos animais vêm evoluindo gradativamente. Um exemplo prático disso é a Lei nº 9.605/98¹¹, que limita a atividade de caça, conforme disposto em seu artigo 29.

Nesse sentido, percebe-se que de uma maneira geral as concepções estão mudando, e que não se pode mais dar credibilidade a entendimentos engessados de que os animais não têm capacidade de sentir, ter consciência de sua própria existência, sofrer e desejar se manter vivo, e que, portanto, sintam. Importante destacar que a doutrina, jurisprudência e as leis devem estar

⁸ VELOSO, Maria Cristina Brugnara. *A condição animal*. Belo Horizonte: Arrares, 2013. p. 103

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Civil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 31 out. 2019.

¹⁰ Ibid. Art. 225. 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.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

¹¹ BRASIL. *Lei nº 9.605/08*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

caminhando juntas e em harmonia nessa importante evolução. É o que se espera do direito, o qual deve ser atual e atuante de acordo com os preceitos da sociedade.

A palavra senciente traz consigo um arcabouço denso de significados. Ela permite expressar, como um termo genérico, as noções de sensibilidade, de consciência e de vida mental e por isso não parece razoável objetificar os seres dotados desse tipo de sentimentos. Insta salientar que apesar de todo esse dilema quanto a coisificação dos animais, muitos não são tratados como mera propriedade, mas como membros da família, que em muitas situações são feitos como filhos.

Nesse contexto, é pertinente mencionar que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já teve decisão exemplar acerca do tema, do qual merece destaque. O magistrado Leandro Katscharowski Aguiar, titular da 7ª Vara Cível da comarca de Joinville, entendeu que o animal de estimação não é objeto e declinou a competência da disputa por animal para Vara de Família de Joinville/SC.

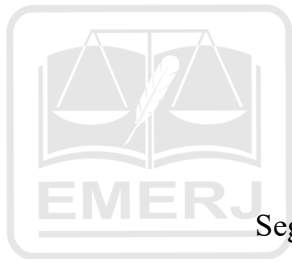
Segundo o magistrado, a concepção sobre animal não é de coisa e que o tema visto por essa perspectiva ainda é tímido, porém crescente. Vale salientar que não há um estudo específico sobre qual a modalidade de guarda mais adequada para os animais, no entanto, há vasto estudo sobre as modalidades de guarda voltada para filhos e com isso é cabível analogia para entender as razões justificadas para a modalidade de guarda de filhos mais indicada, de modo a também ser possível para a guarda de animais. Propõe-se com isso, a correlação entre a situação dos filhos e a do animal de estimação. A guarda compartilhada inserida no ordenamento jurídico através da Lei nº 11.698/2008¹², é compreendida pela doutrina como um plano de guarda a qual ambos genitores dividem a responsabilidade legal em virtude de decisões relevantes sobre os filhos menores.

Logo, observa-se a comunhão de responsabilidade entre os genitores, diferentemente da guarda unilateral, sendo desse modo o motivo de maior relevância para que atualmente seja essa modalidade a guarda mais utilizada em regra. No entanto, esclareça-se que apesar de ser uma modalidade inserida no ordenamento jurídico em 2008, já era aplicada pelos magistrados, por meio do art. 1584, §2º do Código Civil¹³, uma vez que respeita em maior escala os direitos fundamentais das partes envolvidas, havendo inclusive mais sintonia e harmonia com o artigo 227 da Constituição Federal¹⁴.

¹² BRASIL. *Lei nº 11.698/08*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/civil_03/_Ato20072010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 31 out. 2019.

¹³ BRASIL. *op. cit.*, nota 7.

¹⁴ BRASIL. *op. cit.*, nota 9.



Seguindo as diretrizes apontadas pelo ordenamento jurídico para a guarda de filhos e aplicando-as para os animais de estimação, o modelo de guarda apropriado é o da guarda compartilhada, pois aqui ambos os “donos” podem participar da vida do animal, não só com direitos, mas também com deveres atribuídos a ambos. Vale destacar que se assemelha também o comportamento dos genitores, pois a disputa em relação a criança é a mesma que se vê atualmente sobre os animais de estimação. A psicologia lembra que são os filhos quem mais sofrem com a vivência da separação, tendo em vista que deixam de ter o alicerce familiar que lhes proporciona desenvolvimento de maior qualidade psíquico, físico e emocional. A separação é uma experiência afiada, triste, que se perpetua por longo tempo na memória do filho, que acaba se sentindo solitário no mundo.

Existem entendimentos que se adequam a realidade fática atual e é visto como um entendimento moderno. Como é o caso recente em que o STJ debateu sobre a guarda compartilhada de animais de estimação em Recurso Especial nº 1.713.167/SP¹⁵, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão decidiu:

Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido.

Esse tipo de decisão tem sido mais recorrente e, também assegura o direito a alimentos, que inclui vacinações, tosa, visitas ao veterinário e outras necessidades. Para melhor compreensão e conhecimento do caso supramencionado se faz necessária a análise do inteiro teor do Recurso Especial nº 1.713.167/SP¹⁶:

Na dissolução de entidade familiar, é possível o reconhecimento do direito de visita a animal de estimação adquirido na constância da união estável, demonstrada a relação de afeto com o animal.

Inicialmente cumpre salientar que o fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica. No entanto, possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os *pets*, visto que não se trata de simples discussão

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.713.167/SP*. Relator: Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-02398049/inteiro-teor-635855288>>. Acesso em: 31 out. 2019.

¹⁶ BRASIL. *op. cit.*, nota 12.

atinente à posse e à propriedade. Também não é o caso de efetivar-se alguma equiparação da posse de animais com a guarda de filhos. Os animais, mesmo com todo afeto merecido, continuarão sendo não humanos e, por conseguinte, portadores de demandas diferentes das nossas. Nessa ordem de ideias, a premissa básica a se adotar é a atual tipificação e correspondente natureza jurídica dos animais de estimação, isto é, trata-se de semoventes, coisas, passíveis de serem objeto de posse e de propriedade, de contratos de compra e venda, de doação, dentre outros. A solução deve ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar, em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Somado a isso, deve ser levado em conta o fato de que tais animais são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser *senciente* - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, o seu bem-estar deve ser considerado. Nessa linha, há uma série de limitações aos direitos de propriedade que recaem sobre eles, sob pena de abuso de direito. Portanto, buscando atender os fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, independentemente do *nomen iuris* a ser adotado, 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.

Nota-se que a sociedade tem paradigmas que precisam ser quebrados, de modo a gerar um comportamento mais positivo no sentido jurídico, atribuindo aos animais direitos além da sua concepção de coisa, principalmente porque essa ideia já está ultrapassada. A realidade fática é muito clara no sentido de apresentar as necessidades de mais amparo jurídico para os animais e que esses direitos estão muito próximo dos direitos atribuídos ao ser humano, como é caso da guarda compartilhada de animais. Por essas razões, é evidente que os animais não podem ser tratados, em uma partilha, como os outros bens de natureza patrimonial, eles são seres que possuem uma natureza especial, seja porque são ligados aos donos por laços de afetividade, seja porque o próprio bem-estar do animal deve ser preservado no divórcio do casal.

Sob esse argumento, entende-se que a vida do animal merece ser tratada de forma valiosa como a de um ser humano, de forma que não se torne suficiente apenas evitar sua morte, e sim no sentido de proporcioná-los uma vida digna, com proteção e oportunidade para viver. Por isso, o homem precisa usar sua inteligência em favor dos animais, de forma a contribuir com outras espécies e protegendo-os.

A sociedade têm se preocupado mais com questões animais e intrínseco a isso algumas posturas vêm sendo tomadas, como por exemplo, muitas pessoas que mudaram sua dieta em prol da defesa da causa dos animais, deixaram de incluir carne e qualquer produto que tenha derivação animal, no intuito de criar um movimento acima de tudo, de defesa. Outra questão imperativa nos dias de hoje diz respeito a abolição da vivisseção, que é o ato de usar animais vivos em experimentos científicos.



Essa abolição está intrinsecamente ligada a evolução de pensamento quanto a sciência dos animais atrelada a evolução da capacidade de produzir produtos, práticas médicas, entre outros que hoje são indispensáveis à saúde humana de forma que não ofenda a integridade animal. Insta salientar que os maus-tratos não se vislumbra somente das formas supramencionados. Condutas omissivas, como não dar água e assistência ao animal ferido, espancamento, tortura, envenenamento, exploração de sua força no trabalho, uso abusivo como atrativo em festivais populares, eventos como rinhas de galo e afins. Todas essas atitudes são molestadoras do animal.

Portanto, é importante que a pessoa que deseja adquirir um animal tenha consciência das responsabilidades que deverá assumir e da disponibilidade que irá depreender para proporcionar uma vida digna. Comparando os direitos da pessoa e os direitos do animal como espécie, é observado que ambos têm direito a defesa de seus direitos essenciais, como ao livre desenvolvimento, integridade e vida. E o mais importante, que é o direito ao não sofrimento.

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais¹⁷ traz em seu bojo quatorze artigos que versam sobre a proteção ao animal de forma detalhada, bem como existem outras leis que colocam em voga o bem-estar do animal, que levam em consideração sua sciência e consequentemente entendem que os animais são seres dotados direitos e garantias, embora nossa criação seja predominantemente antropocêntrica.

Atualmente, a pena prevista para os que praticam maus-tratos contra animais é de 3 meses a 1 ano de detenção, além de multa, conforme depreende a lei dos crimes ambientais¹⁸. No entanto, está em tramitação o Projeto de Lei nº 11.210/18¹⁹ que amplia a pena para quem maltratar ou ferir animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, ainda que por negligência. Se o projeto for aprovado a pena pode chegar a 4 anos, com possibilidade de multa mantida. O que fomentou essa iniciativa do projeto de lei foi o espancamento brutal e morte de um cachorro em uma unidade da rede de supermercados Carrefour, em Osasco (SP), em novembro do ano passado. A proposta será analisada em caráter conclusivo pelas comissões de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural; de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável; e de Constituição e Justiça e de Cidadania, conforme depreende a tramitação do referido projeto.

¹⁷ BRASIL. *Declaração Universal do Direito dos Animais*. Disponível em: < <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf> />. Acesso em: 08 set. 2019.

¹⁸ BRASIL. *Lei dos Crimes Ambientais*. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1998/lei9605-12-fevereiro-1998-365397-norma-pl.html> />. Acesso em: 08 set. 2019.

¹⁹ BRASIL. *Projeto de Lei nº 11.210/18*. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proporsicoeswebfichadetramitacao?idProposicao=2189670> />. Acesso em: 08 set. 2019

3. QUAL SERIA A MELHOR SOLUÇÃO: PERSONIFICAR OU DESCOISIFICAR?

Para melhor desdobramento deste capítulo, é preciso analisar como o Código Civil²⁰ de 2002 trata a questão de bens e pessoas em seu texto. No que diz respeito a bens, o Código Civil trata o assunto dos artigos 79 a 103, e pode-se vislumbrar que bens são objetos materiais ou imateriais que servem de utilidade física para um indivíduo. Os animais estão enquadrados na classificação de bens considerados em si mesmos, como semoventes.

O artigo 2º do Código Civil se debruça sobre a questão de pessoas e determina que as pessoas naturais adquirem personalidade civil com nascimento com vida e nascituro. Nota-se, portanto, que existem duas classificações no Código Civil e que é necessário analisá-las para saber onde os animais melhor se encaixariam.

Como já dito, é notória e crescente a proteção aos animais, que fazem parte do nosso dia a dia ocupando papel fundamental, muitas vezes como membros da família. Por isso, a tutela dos animais está envolta em algumas teorias, como a personificação dos animais que os equipararia aos incapazes, teoria fundamentada no entendimento de Caio Mário²¹.

Já a teoria dos entes despersonalizados entende que os animais são “sujeitos” de direitos, e por essa teoria é cabível a imputação de direitos e obrigações por intermédio da lei, é o que entende Fábio Ulhoa²².

A título de curiosidade, há uma terceira teoria que não se enquadra ao nosso ordenamento, que seria o da *tertium genus*, que seria um intermediário entre coisa e pessoa. Em outras palavras, os animais não seriam considerados nem pessoas e nem coisas, ou seja, não se enquadrariam nas classificações desenvolvidas e sustentadas pelo Código Civil de 2002, é o que sustenta a doutrina portuguesa²³.

Ao optar pela teoria da personificação, os animais seriam equiparados a pessoa, em outras palavras, seriam equiparados a seres humanos. A adoção dessa teoria faz com que os animais sejam interpretados por analogia como seres relativamente incapazes, que não tem capacidade de demonstrar com clareza absoluta sua vontade. Esse entendimento de relativamente incapazes vem com escopo na alteração feita pelo Estatuto da pessoa com

²⁰ BRASIL. op. cit., nota 11.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V.I. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.141.

²² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. V.I. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 137.

²³ RAMOS, José Luís Bonifácio. *O animal: Coisa ou Tertium Genus?*. V.II. Lisboa: Revista Direito e Justiça, 2011, p. 252-255.



deficiência ao Código Civil, que entende como relativamente incapazes aqueles que não têm a capacidade de exprimir sua vontade, de forma permanente ou transitória.

É importante destacar que a adoção dessa teoria é inerente a figura do tutor, ou seja, a necessidade de alguém que assistisse, assim como funciona com os relativamente incapazes do Código Civil. Insta salientar que essa equiparação estende os direitos dos humanos aos animais.

Em um primeiro momento, pode parecer a teoria ideal a ser adotada. No entanto, é preciso entender que adotá-la faria com que os animais fossem humanizados quando a real intenção que permeia o assunto é a proteção, que não é inerente a humanização. Além do mais, essa teoria pode desencadear diversas questões, como o fato de vir a violar a dignidade da pessoa humana, por parecer descabido equiparar seres humanos a animais.

Seguindo a teoria dos entes despersonalizados, o entendimento se consolida pela diferenciação entre pessoa e sujeito de direitos, de forma que nem todos os sujeitos de direitos vão necessariamente possuir personalidade jurídica.

Os sujeitos de direitos são aqueles que possuem deveres e direitos que são decorrentes da norma jurídica. Em outras palavras, sujeito de direitos traduz uma posição abstrata dentro de uma ampla gama de relações jurídicas, logo, é um conceito mais amplo já que pode ser uma pessoa ou um ente despersonalizado dentro de uma relação. A partir daí, vislumbra-se a diferença de pessoas e sujeito de direitos.

Seguindo esse desdobramento, entende-se que a melhor linha a seguir é pela descoisificação ou teoria dos entes despersonalizados, que reconheceria e levaria em consideração a sciência e ao mesmo tempo daria amparo legal, mas sem equipará-los a seres humanos como é na teoria da personificação.

Em suma, a adoção da teoria é a mais sensata pois a despersonalização entenderia os animais como sujeitos de direitos, sem equipara-los a seres humanos, mas daria a eles a garantia de usufruir patrimônio jurídico em prol da garantia de um mínimo existencial, que é um padrão referenciado na qualidade de vida média.

A visão do homem como ser superior fez com que durante muitos anos fossem ignoradas a necessidade de reconhecimento da sciência dos animais e de seus anseios. Ocorre que com o passar dos anos a sociedade evolui e cada dia que passa fica mais evidente a importância ao tratamento mais “humanitário” dado aos animais e que reduzi-los a meros objetos pertencentes a um indivíduo não cabe mais em nossa interpretação cotidiana, levando em consideração o papel que desempenham em nosso dia-a-dia, como próprios membros da família.

Por isso é tão importante fazer a distinção e análise quanto a descoisificação e personificação, que leva a conclusão de que a teoria dos entes despersonalizados é a melhor a ser adotada levando em consideração toda a evolução social e o reconhecimento dos animais como seres sencientes.

CONCLUSÃO

No decorrer da elaboração deste trabalho foi possível desenvolver de forma linear a evolução no aspecto jurídico-social da relação existente entre animais e seres humanos e como essa relação tem se tornado mais estreita no passar dos anos. A domesticação de animais tem trazido para realidade cotidiana uma relação de afeto entre pessoas e animais que no passado não existia, pois estes eram tratados como meros objetos.

Foi possível analisar com base na legislação o tratamento dado aos animais desde o Código Civil de 1916 até os tempos atuais, com base no Código Civil de 2002. Na prática não é um artigo de lei que torna alguém sujeito de direito, no entanto, os animais só terão o ponta pé inicial nessa conquista de serem tratados como sujeitos de direitos quando o ordenamento jurídico reconhecer a idoneidade para que sejam detentores de direitos.

Esse reconhecimento dos animais como sujeito de direitos torna pretérita a visão que corroborava para que os animais fossem tidos como objeto de interesse humano, seja na alimentação, vestuário, pesquisas, dentre outras formas abuso.

Dessa maneira, é cristalino que os animais, principalmente os dotados de senciência, precisam ter seus direitos protegidos levando em consideração eles mesmos, a sensibilidade intrínseca a sua existência, e não uma proteção que vislumbra benefícios humanos, como sustentado no passado.

A visão do homem como ser superior fez com que durante muitos anos fossem ignoradas a necessidade de reconhecimento da senciência dos animais e de seus anseios. Ocorre que com o passar dos anos a sociedade evoluiu e cada dia que passa fica mais evidente a importância ao tratamento mais “humanitário” dado aos animais e que reduzi-los a meros objetos pertencentes a um indivíduo não cabe mais em nossa interpretação cotidiana, levando em consideração o papel que desempenham em nosso dia-a-dia, como próprios membros da família.

Por isso é tão importante fazer a distinção e análise quanto a descoisificação e personificação, que nos leva a conclusão de que a teoria dos entes despersonalizados é a melhor a ser adotada levando em consideração toda a evolução social e o reconhecimento dos animais



como seres sencientes, já que reconheceria e levaria em consideração a senciência e ao mesmo tempo daria amparo legal, mas sem equipará-los a seres humanos como é na teoria da personificação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Civil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 31 out. 2019.

_____. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Civil_03/leis/L3071.html>. Acesso em: 22 ago. 2019.

_____. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. *Lei nº 9.605/08*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. *Lei dos Crimes Ambientais*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1998/lei9605-12-fevereiro-1998-365397-norma-pl.html>>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. *Lei nº 11.698/08*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 31 out. 2019.

_____. *Projeto de Lei nº 11.210/18*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoes/webfichadetramitacao?idProposicao=2189670>>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. *Projeto de Lei nº 1.058/11*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/Proposicoes/Web/FichaDetramitacao?idProposicao=498437>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

_____. *Declaração Universal dos Animais*. Disponível em: <<https://tarabori.usbrasil.com.br/artigos/294488410/declaracao-universal-dos-direitos-dos-animais>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

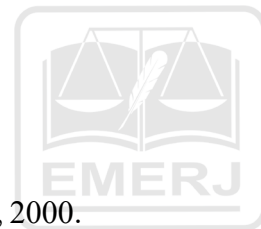
_____. *Declaração Universal do Direito dos Animais*. Disponível em: <<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.713.167/SP*. Relator: 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: 31 out. 2019.

CAMARGO, Suzana. *Presença de animais reduz estresse e melhora desempenho no ambiente de trabalho*. Disponível em: <<http://conexaoplaneta.com.br/blog/presenca-de-animais-reduz-estresse-e-melhora-desempenho-no-ambiente-de-trabalho/>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. V.I. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANCIONE, G.L. *Introdução aos direitos animais*. Campinas: Unicamp, 2013.



PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V.I. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RAMOS, José Luís Bonifácio. *O animal: Coisa ou Tertium Genus?* V.II. Lisboa: Revista Direito e Justiça, 2011.

SCARPI, Paolo. *Politeísmos: as religiões do mundo antigo*. São Paulo: Hedra, 2004.

VELOSO, Maria Cristina Brugnara. *A condição animal*. Belo Horizonte: Arrares, 2013.



O IMPACTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA NA EFETIVIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA DAS DECISÕES JUDICIAIS

João Marcos da Rocha Pires Fagundes

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – a Lei nº. 13.105/2015, atual Código de Processo Civil, trouxe consigo uma grande novidade para o sistema das estabilidades das decisões judiciais: a estabilização da tutela provisória satisfativa. Dessa forma, o legislador ampliou consideravelmente a imutabilidade dessa espécie de decisão judicial e, assim, perenizou os seus efeitos no tempo. O presente trabalho busca estudar o instituto da estabilização para entender qual foi a contribuição, se houve alguma, que ele trouxe para uma maior efetividade e segurança jurídica da tutela jurisdicional. Com a simples leitura do novo texto legal, vários paralelos podem ser traçados com a coisa julgada, razão pela qual uma das preocupações deste artigo foi diferenciar e entender os dois institutos para, ao final, esclarecer se é possível que a decisão estabilizada transite em julgado. Ademais, será analisada como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se pronunciado sobre o momento em que a estabilização da tutela provisória satisfativa ocorre, em especial se a contestação pode ser utilizada como meio para impedi-lo. Por fim, esta pesquisa verificará como o sistema das estabilidades processuais contribui para a eficácia das decisões judiciais e qual foi o impacto da estabilização das decisões que antecipam os efeitos da tutela para esse sistema.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Estabilidades processuais. Segurança jurídica. Estabilização. Tutela provisória satisfativa.

Sumário – Introdução. 1. A diferença entre a estabilização da tutela provisória satisfativa e a coisa julgada material: pode a decisão estabilizada fazer coisa julgada? 2. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a idoneidade da contestação como meio para impedir a estabilização da tutela provisória satisfativa. 3. A eficácia do sistema de estabilidades processuais com a introdução da estabilização da decisão de concessão de tutela antecipada no direito brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Nessa pesquisa, analisar-se-á o impacto da estabilização da decisão judicial que concede a antecipação dos efeitos da tutela, novidade legislativa prevista no artigo 304 do novo Código de Processo Civil, para a eficácia e a segurança jurídica das decisões judiciais, a sua contribuição no sistema das estabilidades processuais para uma tutela jurisdicional mais eficaz, democrática e justa, bem como as controvérsias doutrinárias que surgiram a respeito do novo instituto processual e que repercutem nessa contribuição.

A estabilização processual da tutela antecipada tem a finalidade clara de dar maior liquidez ao direito reconhecido em caráter provisório, tornando, assim, a tutela da urgência

exercida pela jurisdição mais eficaz. Em outras palavras, tornar perene os efeitos da tutela provisória satisfativa de modo a corresponder, com maior eficiência, às necessidades impostas pela urgência intrinsecamente presente nas questões enfrentadas em juízo provisório de mérito.

Portanto, a fim de priorizar a resposta rápida e eficaz às exigências de urgência do caso concreto, pode-se verificar que o fundamento jurídico norteador para a criação deste novo instituto reside nos princípios da economia e celeridade processual, pois, como a tutela provisória de natureza satisfativa antecipa os efeitos da sentença de julgamento de mérito, sua estabilização torna mais efetiva a decisão concessiva da antecipação e desnecessária a continuidade do processo.

Contudo, discussões surgiram sobre a estabilização da tutela antecipada que repercutem diretamente na sua capacidade de aumentar a eficácia e a segurança jurídica da tutela da urgência pelo exercício da jurisdição. Dentre os novos debates, dois serão enfrentados na presente pesquisa: a formação ou não de coisa julgada pela estabilização da tutela provisoriamente antecipada e a possibilidade de a contestação afastar a formação da estabilidade da tutela provisória.

O objetivo desse artigo é enfrentar essas duas grandes controvérsias doutrinárias com a finalidade de apontar o melhor entendimento e, assim, demonstrar, que a estabilização da tutela provisória satisfativa foi um grande avanço para o Direito Processual Civil Brasileiro, contribuindo significativamente para que a tutela jurisdicional solucionasse de modo mais eficaz os conflitos levados à sua apreciação.

Para se chegar a esse objetivo, no primeiro capítulo será enfrentada a discussão que surgiu na doutrina brasileira sobre a natureza jurídica da estabilização da tutela antecipada dentro do sistema de estabilidades processuais. Em especial, se o instituto da estabilização consiste em uma nova espécie de estabilidade ou se, na verdade, é uma forma de coisa julgada. Nesse sentido, serão analisados os principais argumentos que defendem a estabilização tanto como uma nova espécie de estabilidade processual como uma forma de coisa julgada, demonstrando-se ao final que deve prevalecer o primeiro entendimento.

A seguir, no segundo capítulo, buscar-se-á analisar a aparente contradição existente entre a exigência do recurso para a não configuração da estabilização da tutela antecipatória e os seus princípios norteadores, quais sejam a economia e celeridade processuais. Em seguida, serão analisadas as teorias doutrinárias que buscam compatibilizar ambos e, com isso, comprovar que a interpretação literal do dispositivo contradiz a própria natureza de simplificação e eficiência da prestação jurisdicional da estabilização, razão pela qual o entendimento de que a contestação também pode afastá-la deve prevalecer.

Por fim, enfrentadas e superadas as duas principais controvérsias sobre o tema, no terceiro capítulo serão analisados de forma mais aprofundada os motivos pelos quais a estabilização da tutela provisória satisfativa contribuiu para a eficácia e a segurança jurídica das decisões judiciais. Em especial, por ser um instrumento apto a conferir uma proteção rápida e eficaz ao direito tutelado ao mesmo tempo em que conseguiu aumentar significativamente a segurança jurídica e a eficácia da decisão ao prolongar e reforçar a sua imutabilidade no tempo.

O desenvolvimento da pesquisa será por meio do método hipotético-dedutivo, pois buscou-se verificar o material bibliográfico que já foi produzido sobre o assunto a fim de se criar um conjunto de hipóteses. Estes, por sua vez, serão utilizados como argumentos para se posicionar sobre o assunto com embasamento jurídico e científico e, assim, defender uma tese.

Portanto, a pesquisa será necessariamente de natureza qualitativa e bibliográfica, porque se pretende criar a base teórica da tese defendida na pesquisa a partir da bibliografia existente sobre o tema em análise, reunida durante a fase exploratória, sem a realização de análise de dados estatísticos.

1. A DIFERENÇA ENTRE A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA E A COISA JULGADA MATERIAL: PODE A DECISÃO ESTABILIZADA FAZER COISA JULGADA?

Analisando-se a redação do artigo 304, do novo Código de Processo Civil¹, muitas semelhanças podem ser encontradas com o instituto já conhecido da coisa julgada. A imutabilidade dos efeitos da decisão e a extinção do processo, caso não fosse interposto o recurso, a possibilidade de revisão ou alteração da tutela antecipada somente por meio do ajuizamento de uma ação autônoma desconstitutiva, cujo prazo prescricional é de dois anos, todas são características da estabilização da tutela antecipada que muito se assemelham aos efeitos da coisa julgada e a ação rescisória, respectivamente.

Embora as muitas semelhanças, o instituto da estabilização não se confunde com a coisa julgada, nomeadamente a coisa julgada material, já que este é capaz de produzir os efeitos de imutabilidade nas relações extraprocessuais. Essencialmente, a diferença entre os dois institutos está sobre o que a impossibilidade de alteração incide, razão pela qual é essencial ser feita a distinção entre a imutabilidade e a estabilidade.

¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

Segundo Heitor Vitor Mendonça Sica², trata-se de fenômenos díspares na medida em que a imutabilidade incide sobre o conteúdo da decisão judicial e a estabilidade sobre os seus efeitos no tempo. Dessa forma, a imutabilidade, própria da coisa julgada material, tornaria inalterável o juízo de mérito da decisão, que não poderá ser rediscutido judicialmente pelas partes sem que tenha ocorrido uma alteração no contexto fático sobre o qual foi apreciada a questão. Enquanto a estabilidade, própria da estabilização, torna inalterável os efeitos da tutela antecipada concedida liminarmente, o comando judicial e os efeitos que ele determina sobre o contexto fático-jurídico das partes.

Portanto, trata-se da fundamental distinção apontada por Liebman³ entre a eficácia e a imutabilidade das decisões judiciais. A estabilização se opera somente sobre a eficácia da antecipação dos efeitos finais da tutela definitiva, não tornando indiscutível o seu conteúdo, o que a descaracterizaria como sendo coisa julgada material. Tanto isso é verdade que o *caput* e o parágrafo 6º do artigo 304 do Código de Processo Civil⁴ trazem, respectivamente, duas formas de se alterar o conteúdo da tutela antecipada antecedente: por meio de recurso e, na sua ausência, por meio do ajuizamento da ação autônoma desconstitutiva no prazo de dois anos.

Por conseguinte, aparentemente, foi superada a dúvida inicial a respeito da estabilização ser ou não coisa julgada. Contudo, a doutrina rapidamente percebeu que, estabilizada a decisão, caso não fosse ajuizada a ação desconstitutiva, a tutela antecipada passaria também a ter contornos de imutabilidade. Ou seja, se a estabilização da tutela antecipada satisfativa não faz coisa julgada porque ainda pode ser alterada no seu conteúdo por ação desconstitutiva, logo, não sendo a ação ajuizada, a tutela provisória tornar-se-ia imutável.

Com isso, imediatamente começou-se a questionar se não haveria, nessa hipótese, a formação de coisa julgada material. Em resumo: a controvérsia continuou existindo, mas quanto a possibilidade de a decisão estabilizada induzir ou não, por si só, a coisa julgada material, caso não houvesse a apreciação da matéria em cognição exauriente pelo Juízo. No entanto, a possibilidade da coisa julgada está indissociavelmente ligada à natureza da extinção do processo pela estabilização da tutela provisória satisfativa.

Segundo o artigo 304, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil⁵, não havendo a interposição de recurso, ocorrerá a estabilização da decisão, devendo o magistrado proceder à

² SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada". In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.) et al. *Coleção novo CPC: doutrina selecionada*. 2. ed., rev. e atual. V. 4. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 241.

³ LIEBMAN apud ibidem, p. 240.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵ Ibidem.

extinção do processo. Entretanto, o legislador simplesmente fez menção ao fim do processo, não deixando claro de que modo ocorrerá a referida extinção, com ou sem resolução de mérito. Tal definição repercutirá necessariamente na possibilidade ou não de formação de coisa julgada pela decisão estabilizada, pois, nos termos do artigo 502 do supracitado código⁶, somente as decisões de mérito são capazes de constituir a autoridade da coisa julgada material.

Consequentemente, dois posicionamentos se firmaram na doutrina: aqueles que entendem que não há resolução de mérito e aqueles que entendem que há. Dentre aqueles que defendem se tratar de uma extinção sem resolução de mérito, Câmara⁷ e Theodoro Jr.⁸ afirmam que o fato de a decisão ser fundamentada em cognição sumária impediria a formação da coisa julgada.

Rodolfo Hartmann⁹ complementa o raciocínio de Câmara, esclarecendo que a cognição sumária se sustenta em juízo de mera probabilidade, o que impossibilita uma imutabilidade reversível somente por ação rescisória. Como revela Daniel Assumpção¹⁰, o instituto da coisa julgada não é compatível com a cognição meramente sumária, pois o que autoriza a imutabilidade com fundamento no princípio da segurança jurídica e capaz de pacificar os conflitos sociais é o juízo de certeza, e não o de probabilidade.

Para Dierle Nunes e Érico Andrade¹¹, o fato de a cognição ser sumária consiste em um empecilho derradeiro à formação da coisa julgada, pois “é evidente a restrição ou limitação ao amplo direito de defesa e investigação probatória”, bem como ao direito ao contraditório, previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República¹². Assim, tratando-se de relativização de garantias constitucionais, excepcionalmente aceito com fundamento nos princípios da celeridade e economia processual, seus efeitos devem ser igualmente restritos, não sendo possível a formação de coisa julgada.

⁶ Ibidem.

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019, p. 165.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 60. ed. rev., atual. e ampl. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 718.

⁹ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo código de processo civil*. 2. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2016, p. 243.

¹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 11. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 531.

¹¹ NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 89.

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

Marinoni¹³ também defende que a extinção é sem resolução de mérito, sustentando que a estabilização “significa apenas aceitar que os efeitos exauridos da tutela e os efeitos processuais que ainda podem ser produzidos para o seu integral alcance não podem ser questionados sem a propositura da ação de reforma ou de invalidade da tutela”.

Não havendo o ajuizamento da dita ação desconstitutiva, continua Marinoni¹⁴, também não haverá coisa julgada material, pois ocorre somente a perda do direito de reformar ou invalidar a decisão antecipatória dos efeitos da tutela em si, sendo ainda possível a rediscussão do direito material em qualquer outro processo. Assim, segundo Humberto Theodoro Jr.¹⁵, estar-se-ia diante da decadência do direito de se alterar a decisão estabilizada, e não de coisa julgada material.

No mesmo sentido, Didier¹⁶ argumenta que “não houve reconhecimento judicial do direito do autor”. De fato, tratando-se de tutela de urgência cautelar antecedente, satisfeita a pretensão com a decisão antecipatória dos efeitos da tutela estabilizada, o autor sequer emenda a inicial para então incluir os pedidos de mérito. Portanto, a tutela jurisdicional incide somente sobre o pedido cautelar, ou seja, sobre a possibilidade do deferimento de medida liminar de tutela antecipada, não havendo apreciação do direito material do autor.

Com relação à não propositura da ação para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, Fredie Didier¹⁷ leciona que “é o conteúdo, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada”. Em síntese, somente os efeitos da tutela antecipada que se tornam estáveis, diferentemente da coisa julgada, que implica em estabilização do conteúdo da decisão.

Por outro lado, uma parte da doutrina defende que a extinção do processo pela estabilização da tutela provisória satisfatória, caso o prazo de dois anos para o ajuizamento da ação desconstitutiva transcorra sem que o direito de ação seja exercido, é com resolução de mérito, implicando na formação de coisa julgada material. Para Jaqueline Mielke Silva¹⁸, o requisito da verossimilhança do direito exigido pela concessão da tutela provisória garante juízo de certeza suficiente a permitir a resolução definitiva de mérito.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 242.

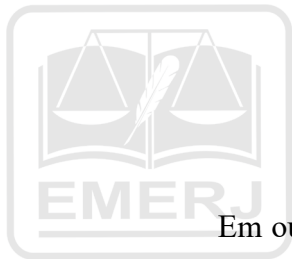
¹⁴ *Ibidem*, p. 245.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 720.

¹⁶ DIDIER JÚNIOR, 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*. 13. ed. rev., atual. e ampl. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 705.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ SILVA apud BRAUN, Paola Roos. *Principais tutelas sumárias à luz do novo código de processo civil: ordinary versus summary*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 153.



Em outras palavras, assim como Assumpção¹⁹, Mielke reconhece que a resolução do mérito exige o juízo de certeza, porém entende que o juízo de verossimilhança do direito, fortalecido pela estabilização, possui certeza compatível com a formação da coisa julgada. Frederico Augusto Gomes e Rogério Rudiniki Neto²⁰, fazendo referência à cognição sumária, sustentam que “todo juízo de reconstrução de um fato histórico é de verossimilhança. Desta feita, em termos de cognição, não há diferença substancial entre essa decisão e aquela final a que normalmente se atribui a imutabilidade”.

Gomes e Rudiniki²¹ afastam a aparente violação ao contraditório e à ampla defesa ao argumentar que o réu, na verdade, os renunciou, uma vez que, tendo a oportunidade de exercê-los, optou por não o fazer. Em dois momentos distintos, quais sejam, a interposição de recurso e o ajuizamento de ação de conhecimento desconstitutiva, o réu teve a oportunidade de reformar ou invalidar a tutela provisória de urgência concedida, não sendo razoável se afirmar que não lhe foi garantido a ampla defesa e o contraditório.

Como pode-se observar, o assunto é controvertido na doutrina, possuindo bons argumentos para ambos os lados. No entanto, o entendimento que melhor contribui para a maior efetividade e segurança jurídica das decisões judiciais é aquele que defende a impossibilidade de formação da coisa julgada material.

2. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A IDONEIDADE DA CONTESTAÇÃO COMO MEIO PARA IMPEDIR A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA

Como se pode observar da redação do *caput* do artigo 304 do Código de Processo Civil²², a estabilização da tutela provisória satisfativa não ocorre automaticamente com a concessão da medida requerida. Pelo contrário, pela leitura do código, os efeitos da tutela satisfativa concedida só se tornam estáveis caso não seja interposto o recurso cabível pela parte contrária. No entanto, a ausência de interposição de recurso pelo réu, por si só, não é suficiente para que a tutela antecipatória se estabilize, sendo apenas um dos pressupostos legais.

¹⁹ NEVES, op. cit., p. 531.

²⁰ GOMES, Frederico Augusto; RUDINIKI NETO, Rogério. Estabilização da tutela de urgência: estabilidade da medida (coisa julgada?), prestações periódicas e a “alienação da coisa litigiosa”. In: DIDIER JÚNIOR, op. cit., 2016, p. 152.

²¹ Ibidem.

²² BRASIL, op. cit., nota 1.

Segundo Fredie Didier Júnior²³, existem quatro pressupostos necessários para a estabilização da tutela provisória, quais sejam: 1º - o requerimento da tutela antecipada antecedente na petição inicial, 2º - a ausência de requerimento de prosseguimento do processo para obtenção de decisão em cognição exauriente, 3º - a concessão da tutela antecipada antecedente e, por último, 4º - a ausência de impugnação pelo réu.

Na verdade, no caso da tutela antecipada antecedente, concedida a antecipação dos efeitos da tutela, para que a estabilização ocorra também é necessário a emenda da petição inicial pelo autor nos moldes do artigo 303, parágrafo 1º, inciso I, do Código de Processo Civil²⁴. Isso porque o parágrafo 2º do referido artigo afirma que, se o aditamento não for realizado, o processo será extinto sem resolução do mérito, acarretando necessariamente na revogação da tutela antecipada. Logo, ainda que não tenha interesse na decisão de mérito, o autor deve apresentar o complemento da sua argumentação e a confirmação do pedido de tutela final, no prazo legal de 15 dias, pois se trata de pressuposto processual do próprio procedimento da tutela antecipada antecedente.

Apesar de identificar os pressupostos, Didier²⁵ ressalta que a ausência de um deles não impede necessariamente a estabilidade da tutela antecipada, uma vez que é possível a celebração de negócio jurídico processual a respeito, “desde que dentro dos limites da cláusula geral de negociação do art. 190, CPC”. Assim, certos pressupostos podem ser relativizados, facilitando a ocorrência da estabilização.

No tocante ao quarto pressuposto, em que pese a nomenclatura escolhida por Didier²⁶, o já mencionado artigo 304 não utiliza a expressão “ausência de impugnação” e sim a “não interposição de recurso”, suscitando dúvida sobre qual deve ser a interpretação dada ao significado do termo “recurso”. A via recursal consiste em apenas um dos meios pelo qual a parte pode impugnar uma decisão ou demonstrar a sua irresignação quanto ao conteúdo dela, o que levou a doutrina a questionar o que ocorreria caso o réu, ao invés de recorrer, apresentasse pedido de reconsideração ou, até mesmo, contestação com fortes argumentos pela revogação da tutela antecipada.

Nesse sentido, surgiu a controvérsia quanto aos meios de impugnação capazes de afastar a formação da estabilidade dos efeitos das tutelas antecipatórias antecedentes, predominando três correntes. A primeira corrente aplica a literalidade da lei, exigindo a

²³ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., 2018, p. 702.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁵ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., 2018, p. 702-703.

²⁶ Ibidem, p. 702.

interposição de recurso da decisão concessiva da tutela antecipatória. Já uma segunda corrente entende que o termo “recurso” pode ser interpretado extensivamente, mas de forma mitigada, ampliando-o somente para outras hipóteses de impugnação. Por fim, uma terceira corrente utiliza uma interpretação extensiva e ampliativa, de modo que qualquer tipo de instrumento em que a parte possa veicular a sua insatisfação com a concessão da tutela antecipada pode ser utilizado como meio para impedir a estabilização.

Dentre os adeptos da primeira corrente, Câmara²⁷, ao aplicar a interpretação literal, buscou compreender como o Código de Processo Civil utilizava a expressão “recurso”, para assim extrair os seus possíveis significados e verificar qual se melhor encaixa na previsão do artigo 304. Realizada a pesquisa, o autor verificou a existência de três significados para a palavra “recurso”: como “um mecanismo destinado especificamente a impugnar decisões judiciais no mesmo processo em que foram proferidas, provocando o seu reexame”, como um “mecanismo permitido pela tecnologia para a prática de atos eletrônicos” e como sinônimo de dinheiro.

Tendo em vista que o caput do artigo 304 não está relacionado a meios eletrônicos nem a dinheiro, o professor Alexandre²⁸ conclui que o significado do termo empregado pela lei é de recurso em sentido estrito, adotando uma interpretação literal do dispositivo. Com isso, defende que somente a interposição do recurso cabível é capaz de afastar a estabilização da tutela antecipada.

Por sua vez, Didier²⁹ adota uma interpretação extensiva do significado de recurso, incluindo também outros meios de impugnação que não possuem natureza recursal. A ideia é tratar de forma isonômica instrumentos que possuem finalidade e efeitos parecidos com os dos recursos, hipóteses em que não seria coerente, proporcional ou razoável afirmar que o réu se manteve inerte. Entretanto, a simples apresentação de contestação, sem a impugnação pelo meio próprio, não seria suficiente para afastar a estabilização, pois, segundo Didier³⁰, “não nos parece que a revelia seja um pressuposto necessário para a incidência do art. 304”.

Para Dierle Nunes e Érico Andrade³¹, exigir a ausência de qualquer tipo de manifestação contrária do réu não só cria um obstáculo à estabilização não previsto em lei, como também “deixaria a cargo do réu convolar o próprio procedimento no principal”. Haveria,

²⁷ CÂMARA, op. cit., p. 166-167.

²⁸ Ibidem, p. 167.

²⁹ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., 2018, p. 700.

³⁰ Ibidem.

³¹ NUNES; ANDRADE, op. cit., p. 84.

portanto, um desequilíbrio na relação processual, conferindo exclusivamente ao réu o poder de estabilizar os efeitos da tutela antecipada antecedente.

Já Daniel Assumpção³², adotando um terceiro entendimento, afirma que a interpretação aplicada ao artigo 304 deve ser extensiva e ampliativa, de forma que “qualquer manifestação de irresignação por parte do réu já é suficiente para evitar a estabilização da tutela antecipada”.

O professor Rodolfo Hartmann³³ explica que a utilização da palavra “recurso” pelo legislador foi motivada por não ter se iniciado ainda, no procedimento comum, o prazo para apresentação da defesa pelo réu, o que levaria a uma impropriedade. Porém, em razão da insatisfação com a tutela antecipada concedida, nada impede que o réu apresente validamente a sua contestação de forma antecipada, nos termos do artigo 218, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil³⁴, deixando clara a sua insatisfação e afastando o *caput* e parágrafo 1º do artigo 304. Segundo o supracitado professor, seria possível a impugnação até mesmo por simples petição nos autos.

De acordo com José Marcos Vieira e Pedro Henrique Guimarães³⁵, o princípio da ampla defesa exige a interpretação extensiva, a fim de garantir o maior acesso possível aos meios de defesa existentes. Dessa forma, “qualquer forma de impugnação por parte do requerido, a nosso ver, é passível de impedir a estabilização”, inclusive pela possibilidade de antecipação da apresentação da contestação.

Depois de muito debate, o Superior Tribunal de Justiça³⁶ finalmente dá sinais de que a matéria talvez seja uniformizada, pelo menos no Poder Judiciário. No julgamento do Recurso Especial nº. 1.760.966/SP, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso nos termos do voto do ministro relator Marco Aurélio Bellizze, que entendeu pela idoneidade da contestação como meio para impedir a estabilização da tutela antecipada.

Segundo o relator, não seria razoável se exigir a impetração de agravo de instrumento, o que levaria a um aumento considerável e desnecessário de recursos nos tribunais. Ademais, a resistência à pretensão do autor pode ser obtida por outros meios, inclusive por simples petição,

³² NEVES, op. cit., p. 529.

³³ HARTMANN, op. cit., p. 272.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁵ VIEIRA, José Marcos Rodrigue; COSTA, Pedro Henrique Guimarães. Entre a estabilização da tutela e a composição da lide: a relevância da abertura ao contraditório. In: JAYME, Fernando Gonzaga (Coord.) et al. *Inovações e modificações do código de processo civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 157.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1760966/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1778262&num_registro=201801452716&data=20181207&formato=PDF>. Acesso em: 03 set. 2019.

sendo a contestação meio idôneo e suficiente para demonstrar os argumentos contrapostos e o desejo inequívoco do réu de prosseguimento do processo e resolução da controvérsia em cognição exauriente.

Nesse sentido, conclui Bellizze³⁷:

sem embargo de posições em sentido contrário, o referido dispositivo legal [art. 304 do CPC/2015] disse menos do que pretendia dizer, razão pela qual a interpretação extensiva mostra-se mais adequada ao instituto, notadamente em virtude da finalidade buscada com a estabilização da tutela antecipada.

Nessa perspectiva, caso a parte não interponha o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que defere a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, mas, por exemplo, se antecipa e apresenta contestação refutando os argumentos trazidos na inicial e pleiteando a improcedência do pedido, evidentemente não ocorrerá a estabilização da tutela.

Portanto, percebe-se claramente que o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento da terceira corrente, dispensando a natureza recursal, e até mesmo de meio de impugnação, da manifestação da parte ré capaz de impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente. Com isso, a Corte Superior adotou interpretação extensiva e ampliativa para o termo “recurso” no artigo 304 do Código de Processo Civil.

3. A EFICÁCIA DO SISTEMA DE ESTABILIDADES PROCESSUAIS COM A INTRODUÇÃO DA ESTABILIZAÇÃO DA DECISÃO DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO BRASILEIRO

Antes de se analisar qual foi o impacto da estabilidade da tutela provisória satisfativa para o sistema das estabilidades processuais, importante entender a relevância desse sistema para que as decisões produzam segurança jurídica. Como o próprio nome sugere, a estabilidade processual está relacionada à continuidade dos seus efeitos no tempo, garantida pela total ou relativa impossibilidade de alteração do seu conteúdo. Nesse sentido, trata-se de decisões que alcançaram uma certa inalterabilidade processual do seu conteúdo em razão da impossibilidade de interposição de recurso, seja pela perda do respectivo prazo, seja pela renúncia ao direito de recorrer, seja pelo exaurimento de toda a cadeia recursal.

Em consequência dessa inalterabilidade, surge uma das principais características da estabilidade processual: a sua força coercitiva. A partir do momento em que o conteúdo da decisão não está mais submetido à constante possibilidade de revisão, aumenta-se a certeza

³⁷ Ibidem.

quanto a existência dos fatos e direitos nela expressos, deixando de ser um juízo de simples probabilidade. Com isso, nasce para as partes a capacidade de impelir um ou alguns dos sujeitos processuais a prestar algum tipo de obrigação, pois a decisão processualmente estabilizada é, por si só, prova suficiente do direito nela expresso.

Nas tutelas provisórias satisfativas, a estabilidade processual tem especial importância, em razão da sua origem histórica de proteção de direitos contra os efeitos maléficos do tempo sobre a relação processual. A ideia da antecipação dos efeitos da tutela definitiva surgiu como um mecanismo para tutelar as hipóteses em que havia um risco de perda do direito ou de dano grave de difícil reparação caso se aguardasse o fim de toda a tramitação processual para a apreciação do mérito, sendo fundamental uma celeridade processual diferenciada.

No entanto, não basta que a tramitação processual seja abreviada, pois de nada adianta obter uma decisão judicial que se mostra incapaz de oferecer os efeitos práticos necessários para a efetiva proteção do direito em risco. Foi esse o ponto que o legislador do Código de Processo Civil de 2015 tentou aperfeiçoar com a estabilização das decisões antecipatórias dos efeitos da tutela: ampliar a eficácia protetiva da tutela provisória de urgência ao torná-la mais facilmente executável.

Para Fredie Didier Jr.³⁸, a forma como o legislador tentou alcançar este objetivo foi utilizar a estabilização como um mecanismo de “generalização da técnica monitória para o procedimento comum”. Segundo o artigo 701 do Código de Processo Civil³⁹, na ação monitória, sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de cumprimento da obrigação, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento com o pagamento dos honorários advocatícios. Caso o réu permaneça inerte, essa decisão se torna título executivo, permitindo, assim, a rápida e imediata efetivação do direito do autor.

Desse modo, verifica-se que realmente há muitas semelhanças com a estabilização da tutela provisória satisfativa, já que, da mesma forma, caso a decisão antecipatória não seja impugnada pelo réu, “o processo será extinto e a decisão antecipatória continuará produzindo efeitos, enquanto não foi ajuizada ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la”⁴⁰. Dessa forma, ao mesmo tempo em que se abrevia significativamente a relação processual, se confere também a efetividade necessária para que uma decisão inicialmente provisória atenda à pretensão não resistida do autor.

³⁸ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., 2018, p. 695.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁰ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., 2018, p. 695.

Importante destacar que a estabilização da tutela provisória satisfativa é uma espécie de estabilidade processual, a chamada “indiscutibilidade”, tese adotada por Gouveia Filho, Ravi Peixoto e Fonseca Costa⁴¹. Adotando-se a ideia de antecipação da cognição de Pontes de Miranda⁴², estes autores defendem que a estabilização não gera coisa julgada, pois, apesar de indiscutivelmente gerar um certo grau de inalterabilidade da questão de mérito analisada, não há imutabilidade propriamente dita daquilo que foi decidido em tutela provisória satisfativa.

Assim, os autores⁴³ esclarecem que a coisa julgada não se confunde com o efeito da indiscutibilidade do comando judicial, “coisa julgada é, pois, um fato, e não um efeito jurídico”. Enquanto a coisa julgada se traduz como sendo o estado da decisão transitada em julgado, a indiscutibilidade é o efeito que dela decorre, a consequência jurídica da decisão que alcança o estado de coisa definitivamente julgada. Portanto, a coisa julgada se materializa quando não for mais possível se discutir em Juízo os contornos fáticos que envolvem o direito material.

Porém, não é o que ocorre com a estabilização da tutela provisória satisfativa que, segundo os autores⁴⁴, “tem a ver não com a perpetuação no tempo da eficácia da medida, mas sim com os níveis de exigência para rediscutir aquilo que foi decidido”. Desse modo, a estabilização gera a indiscutibilidade apenas sobre a tutela de urgência pleiteada, questão esta que orbita o mérito, mas com ele não se confunde.

Em outras palavras, o que a estabilização torna imutável são os contornos da eficácia antecipada em tutela provisória e apenas enquanto tutela de urgência, não ficando as partes impedidas de discutir os demais contornos fáticos-probatórios que orbitam a questão de mérito, ou os mesmos contornos, desde que fora do juízo de urgência.

Este parece ser o melhor entendimento sobre o instituto da estabilização, de que se trata de uma nova espécie de estabilidade processual da decisão judicial, ao lado da preclusão, da coisa julgada, entre outros. Para Gouveia, Peixoto e Costa⁴⁵ a estabilização da decisão judicial que antecipa os efeitos da tutela definitiva se encontra entre a imutabilidade da coisa julgada material e a ampla mutabilidade das decisões antecipatórias incidentais, um fenômeno novo por eles denominado de “imutabilidade das eficácias antecipadas”.

⁴¹ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: um diálogo pontiano com o CPC/2015. In: DIDIER JÚNIOR, op. cit., 2016, p. 297.

⁴² Ibidem, p. 292.

⁴³ Ibidem, p. 290-291.

⁴⁴ Ibidem, p. 294.

⁴⁵ Ibidem, p. 297.

Ainda com relação à efetividade das decisões que antecipam os efeitos da análise de mérito, Humberto Theodoro Jr.⁴⁶ afirma que, como se pretende evitar danos iminentes de natureza grave, é fundamental que a tutela provisória seja composta de mandamentos e ordens judiciais, necessários para se alcançar os resultados práticos correspondentes à tutela de mérito desejada ao final pelo autor.

Portanto, a estabilização da tutela provisória terminou o processo de quebra da dicotomia rígida entre processo de conhecimento e processo de execução que já se havia iniciado na vigência do Código de Processo Civil de 1973, uma vez que “o juiz da cognição, além de accertamentos sobre a situação jurídica dos litigantes, exercita, desde logo, também, atos práticos de satisfação de pretensões materiais deduzidas no processo”⁴⁷.

Ademais, Humberto⁴⁸ esclarece que a decisão de tutela provisória satisfativa tem natureza mandamental, pois o juiz, ao deferir a antecipação dos efeitos da tutela definitiva, não pode se limitar a condenar o réu a praticar uma determinada prestação, mas deve garantir a eficácia da sua decisão, já determinando, também, as medidas coercitivas de apoio necessárias para a proteção do direito em risco. Isso porque as medidas cautelares antecipatórias não são executadas em processo ou procedimento próprio, e sim nos próprios autos do processo de conhecimento, razão pela qual é fundamental que seja garantido os meios coercitivos suficientes para que a decisão judicial possa ser efetivamente cumprida e, assim, oferecer a segurança jurídica que dela se espera.

Com isso, verifica-se que a maior contribuição do novo instituto da estabilização das decisões antecipatórias dos efeitos da tutela de mérito para o sistema das estabilidades processuais é a imutabilidade das eficácias antecipadas. Na medida em que garante ao autor a inalterabilidade da decisão satisfatória dos seus interesses e facilita o acesso aos meios executivos necessários para assegurar a cooperação do réu, a estabilização confere mais efetividade à tutela jurisdicional.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto ao longo deste artigo, confirma-se que a estabilização das tutelas provisórias satisfativas tornou a tutela jurisdicional mais efetiva, aumentando a segurança jurídica dos pronunciamentos judiciais. Inicialmente, evidenciou-se que há uma clara

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 736.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem, p. 738-739.



distinção entre coisa julgada e o instituto da estabilização, pois este está vinculado a impossibilidade de alteração dos efeitos finais da decisão judicial que foram antecipados, enquanto aquele diz respeito à imutabilidade do conteúdo decisório.

Ultrapassada essa questão, porém, outra surgiu no seu lugar sobre a possibilidade de a decisão estabilizada fazer coisa julgada depois de ultrapassado o prazo para o ajuizamento da ação desconstitutiva, sem que este seja feito. Em que pese a controvérsia doutrinária a respeito, deve prevalecer o entendimento de que não possível a formação da coisa julgada, pois é o que melhor se coaduna com os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da segurança jurídica.

De fato, a decisão que antecipa os efeitos da tutela definitiva é tomada com base em juízo sumário sobre os fatos, antes de ser realizada a instrução probatória no processo. Portanto, permitir que uma decisão com fundamento apenas na verossimilhança daquilo que é afirmado por uma das partes transite em julgado, não só leva ao enfraquecimento da tutela jurisdicional, fundamentada em um juízo incerto, como também da norma fundamental que privilegia e incentiva que seja realizado a todo momento, ao longo do processo, um contraditório substancial e efetivo.

Em outras palavras, reconhecer que a decisão estabilizada pode fazer coisa julgada contribuiria para um aumento da insegurança jurídica nas decisões judiciais, sem muito interferir na sua respectiva efetividade, tendo em vista que existem vários mecanismos elencados pelo próprio Código de Processo Civil para a efetivação da tutela provisória como, por exemplo, as astreintes. Logo, deve-se defender que a inalterabilidade do conteúdo da decisão estabilizada limita-se ao próprio processo em que foi proferida, não produzindo efeitos exo-processuais.

Ademais, esta pesquisa também tentou esclarecer os posicionamentos diversos da doutrina sobre quais são os meios de impugnação capazes de impedir a estabilização das tutelas provisórias satisfatórias. Tal discussão ganhou especial relevância após o Superior Tribunal de Justiça ter, no final de 2018, adotado a interpretação mais ampliativa sobre o conceito de meios de impugnação aptos a impedir a ocorrência da estabilização, dispensando até mesmo a natureza recursal deste. Na verdade, agiu acertadamente a Corte Superior, pois esse entendimento é justamente aquele que confere maior segurança jurídica para as partes.

Não é só por meio do exercício do direito de recorrer que uma parte processual pode manifestar a sua discordância com um argumento ou fato apresentado pela outra parte, ou até mesmo com uma causa de decidir. Pelo contrário, o Código de Processo Civil prevê várias outras formas de se impugnar uma decisão, como, por exemplo, a contestação, a reconvenção,

as contrarrazões e até mesmo uma simples petição, todos meios válidos pelos quais a parte pode manifestar a sua irresignação. Assim, sendo instrumentos que possuem efeitos e finalidades parecidas com a dos recursos, não seria razoável restringir a eles o efeito de impedir a estabilização processual.

Cumprê destacar que a estabilização incide sobre o procedimento de indiscutibilidade dos efeitos da tutela provisória satisfativa, com a finalidade precípua de proteger os direitos que estão sobre algum risco em decorrência da demora normal na prestação jurisdicional. Dessa indiscutibilidade é que nasce a força coercitiva da decisão estabilizada, permitindo e facilitando a execução dos meios coercitivos de apoio nela previstos. Por conseguinte, confere-se maior efetividade à tutela jurisdicional, tanto no que diz respeito à própria força coercitiva da decisão em abstrato, como também pela maior facilidade no acesso aos meios coercitivos de garantia, que privilegiam a execução da prestação específica.

Com isso, há de se concluir que a estabilização das decisões que antecipam os efeitos da tutela tiveram grande impacto na maior efetividade e segurança jurídica das decisões judiciais, oferecendo grande contribuição para a prestação de uma tutela jurisdicional mais eficiente, célere e verdadeiramente comprometida a não excluir lesão ou ameaça a direito da apreciação pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALVES, Tatiana Machado. A tutela provisória como instrumento de efetividade da jurisdição: principais inovações introduzidas pelo novo código de processo civil. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro (Coord.); GRECO, Leonardo (Coord.); PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). *Inovações do código de processo civil de 2015*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 237-240.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

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

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.760.966/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1778262&num_registro=201801452716&data=20181207&formato=PDF>. Acesso em: 11 mar. 2019.

BRAUN, Paola Roos. *Principais tutelas sumárias à luz do novo código de processo civil: ordinariedade versus sumariedade*. Curitiba: Juruá, 2016.



CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019.

CASTRO, Daniel Penteado de. *Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR, 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*. 13. ed. rev., atual. e ampl. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2018.

GOMES, Frederico Augusto; RUDINIKI NETO, Rogério. Estabilização da tutela de urgência: estabilidade da medida (coisa julgada?), prestações periódicas e a “alienação da coisa litigiosa”. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.) et al. *Coleção novo CPC: doutrina selecionada*. 2. ed., rev. e atual. V. 4. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 143-158.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias antecipadas e eficácia de coisa julgada: um diálogo pontiano com o CPC/2015. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.) et al. *Coleção novo CPC: doutrina selecionada*. 2. ed., rev. e atual. V. 4. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 287-298.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo código de processo civil*. 2. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 11. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.) et al. *Coleção novo CPC: doutrina selecionada*. 2. ed., rev. e atual. V. 4. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 69-101.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de et al. *Coisa julgada e precedente: limites temporais e relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.) et al. *Coleção novo CPC: doutrina selecionada*. 2. ed., rev. e atual. V. 4. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 233-253.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 60. ed. rev., atual. e ampl. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VIEIRA, José Marcos Rodrigue; COSTA, Pedro Henrique Guimarães. Entre a estabilização da tutela e a composição da lide: a relevância da abertura ao contraditório. In: JAYME, Fernando Gonzaga (Coord.) et al. *Inovações e modificações do código de processo civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

O DIREITO À PROFISSIONALIZAÇÃO E À PROTEÇÃO NO TRABALHO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ÂMBITO DESPORTIVO

João Ricardo Ribeiro Machado

Pós-graduando em direito público e privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: Este artigo objetiva abordar o trabalho infantojuvenil desportivo e também analisar as questões concernentes ao direito à profissionalização além da proteção integral que veda o trabalho infantil, posto que este é uma violação aos direitos fundamentais desses indivíduos em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Deve-se salientar que o jovem que tem talento no esporte deve ser incentivado a se profissionalizar, uma vez que é legítimo o sonho de ascensão social por meio dessa prática, contudo há necessidade de ser debatidas situações que podem ocasionar violações de direitos como a evasão escolar, lesão muscular decorrente da atividade física, pressão psicológica decorrente da necessidade de demonstrar bons resultados, distância do convívio familiar e até mesmo abuso sexual. Sendo assim, o artigo pauta-se na legislação que tenta regulamentar a aprendizagem desportiva e também o contrato especial de trabalho, sendo este permitido aos adolescentes com dezesseis anos de idade, sempre debatendo quais são os deveres da entidade formadora de atletas mirins e os deveres dos órgãos estatais na fiscalização pertinente à proteção e o melhor interesse desses jovens vulneráveis à situação de risco.

Palavras-chave: Direito da Criança e do Adolescente; Direito à Profissionalização; Direito Desportivo; Trabalho Infantojuvenil; Situação de Risco.

Sumário: Introdução. 1. A Doutrina da Proteção Integral, o Direito à Profissionalização e a Constitucionalidade do Trabalho Infantojuvenil Desportivo. 2. A Necessidade de Prevenir Situações de Risco no Âmbito do Trabalho Infantojuvenil Desportivo. 3. Medidas a Serem Tomadas para Proteger as Crianças e Adolescentes da Situação de Risco no Âmbito do Trabalho Desportivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o direito à profissionalização de crianças e adolescentes no âmbito desportivo e como as normas concernentes à proteção do trabalho estão sendo aplicadas nessa prática que vem se tornando muito comum na sociedade brasileira, uma vez que muitos jovens têm o sonho de ascender socialmente por meio do esporte. Por conseguinte, objetiva-se demonstrar a necessidade de uma efetiva proteção estatal em conjunto com a sociedade e a família para que esses jovens não tenham sua dignidade violada em exploração que possa colocá-los em situação de risco.



O direito à profissionalização é uma garantia para que os jovens possam idealizar um próspero futuro, posto que é um incentivo para o início de uma profissão que firmará a sua posição na sociedade, garantindo, portanto, sua independência. Mas, embora isso seja fundamental para assegurar sua integridade física, psíquica e moral, deve-se salientar que o direito à profissionalização está intimamente vinculado ao direito à educação, estando ambos de mãos dadas no intuito do melhor interesse da criança e do adolescente. Dessa forma, o trabalho desenvolvido por esses seres ainda em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento deve estar vinculado em plena proteção estatal, até mesmo porque, inicialmente, é proibido o trabalho aos menores de dezesseis anos, salvo quando estão enquadrados como jovem aprendiz, a partir dos quatorze anos de idade. Mas, sabe-se que em relação ao trabalho desportivo existe relaxamento no cumprimento dessa regra, uma vez que há gradativa aceitação da sociedade na referida prática, muito em razão do legítimo sonho de ascensão social por meio do esporte.

Portanto, o trabalho infantojuvenil desportivo é controvertido porque embora seja preciso incentivar a profissionalização por meio das práticas esportivas, haverá também a necessidade de garantir a proteção desses sujeitos de direitos porque eles não podem defender as suas prerrogativas por si mesmos, uma vez que em razão da idade encontram-se em incapacidade jurídica, física e emocional, razão pela qual estão em evidente vulnerabilidade diante de eventuais abusos que devem ser combatidos preventivamente.

Inicialmente, impera enfatizar que o primeiro capítulo da pesquisa apresentará as controvérsias em relação a constitucionalidade do trabalho das crianças e adolescentes no âmbito desportivo, tendo em vista o direito à profissionalização e as legislações pertinentes ao tema que tentam resguardar a proteção desses jovens no que tange à frequência escolar, convívio familiar e também à remuneração que será permitida na adolescência.

Pondera-se, no segundo capítulo, as diversas situações de risco que esses jovens podem encontrar ao desenvolver a prática desportiva de forma profissional, como, por exemplo, desgastes físicos, evasão escolar e até mesmo abuso sexual. Além disso, será abordada a tragédia que vitimou dez adolescentes no centro de treinamento presidente George Helal, popularmente conhecido como “ninho do urubu”, utilizado pela equipe de futebol profissional do Flamengo e por suas categorias base.

Ademais, no terceiro capítulo será abordada as medidas que podem ser adotadas por órgãos estatais no intuito de proteger as crianças e adolescentes da situação de vulnerabilidade, incentivando-se uma forte fiscalização do Ministério Público nos clubes desportivos e também a promoção, dentro das entidades formadoras, dos profissionais da

assistência social em razão da forte possibilidade de comunicação desses jovens com esses profissionais que têm o intuito de garantir o bom desenvolvimento da sociedade.

Sendo assim, deve-se salientar que esta 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. Além disso, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, uma vez que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL, O DIREITO À PROFISSIONALIZAÇÃO E A CONSTITUCIONALIDADE DO TRABALHO DESPORTIVO PRATICADO POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Imprescindível enfatizar que a doutrina da proteção integral é positivada no ordenamento jurídico brasileiro no art. 227 da Constituição da República¹ que dispõe o dever do Estado, da sociedade e da família em assegurar a criança e o adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, não permitindo que esses seres em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento sejam vítimas de qualquer exploração, discriminação e negligência, devendo, assim, atribuir-lhes atenção diferenciada, em razão de suas necessidades. Sendo assim, deve-se acrescentar que a referida doutrina tem alicerce na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 28/1990)² e adotada no ordenamento jurídico nacional em sua integralidade (Decreto nº 99.710/1990)³, muito em razão de ter sido adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 11 de novembro de 1989.

Logo, a doutrina da proteção integral assevera um direito universal a todas as crianças e adolescentes de terem os direitos que garantem a sua dignidade perante a sociedade, incluindo, obviamente, os jovens carentes, abandonados ou infratores. Na mesma

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

² BRASIL. *Decreto Legislativo nº 28/1990*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/535984>>. Acesso em: 13 set. 2019.

³ BRASIL. *Decreto nº 99.710/1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 13 set. 2019.

linha de raciocínio, o jurista Wilson Donizete Liberati⁴ assevera que independentemente da condição social, as crianças e adolescentes ascenderam ao patamar de sujeitos de direito, pois “pela primeira vez na história das constituições brasileiras, a criança é tratada como questão pública, metodologia que atinge, radicalmente o sistema jurídico”, muito diferente do antigo entendimento que empregava ao termo “menor” características discriminatórias que não combinam com a ordem constitucional vigente.

Dessa forma, considerar as crianças e adolescentes como sujeitos de direito, conforme o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990)⁵, significa que a eles são assegurados todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana para que, assim, seja oportunizado o seu desenvolvimento físico e moral, em condições de liberdade e dignidade. Entretanto, como bem salienta Carlos Henrique Bezerra Leite⁶, a realidade das crianças nesse país pode fazer com que a doutrina da proteção integral seja uma letra morta:

Se o Estado, a Sociedade e a Família não resgatarem os seus deveres constitucionais no sentido de efetivar o art. 227 da CF, teremos, num futuro próximo, uma nação de delinquentes, de drogados, de párias, alienada, improdutiva e com altíssimo risco para o desenvolvimento nacional. Todos devem se engajar nessa empreitada de promover a educação emancipatória e inclusiva das crianças, adolescentes e jovens.

Essa luta pela garantia dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes pertence a todos os brasileiros, unidos em sociedade, sendo responsabilidade de todos os cidadãos quando há violação desses direitos inerentes à condição de pessoa humana. O direito à profissionalização, portanto, resguarda o futuro desses seres em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, posto que oportuniza a idealização de uma profissão apta a firmar sua posição na sociedade e garantir, no futuro, a independência necessária para garantir sua integridade física e moral.

Todavia, embora a profissionalização deva ser incentivada desde cedo, deve-se salientar que o XXXIII do art. 7º da Constituição da República⁷ proíbe o trabalho aos menores de dezesseis anos, salvo na condição de jovem aprendiz permitida aos quatorze anos. Portanto, em relação ao desenvolvimento saudável de uma digna profissão, deve-se interpretar a referida regra constitucional conforme o melhor interesse da criança e do adolescente, sempre visando combater os augúrios da infelicidade do trabalho infantil que acarreta sequelas profundas no desenvolvimento da sociedade.

⁴ LIBERATI, Wilson Donizete. *Direito da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo, Riddel: 2011, p. 15.

⁵ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2015, p. 554

⁷ BRASIL. op. cit. nota 1.

Vanessa Cristina Cunha⁸ dispõe que o trabalho infantil é praticado por crianças e adolescentes que não têm idade mínima permitida para trabalhar de acordo com a legislação vigente em cada país. Dessa forma, ao limitar a aprendizagem a partir dos quatorze anos, o constituinte buscou impedir que crianças e adolescentes sejam expostos ao mundo laboral de forma precoce, o que poderia prejudicar o pleno desenvolvimento sadio de um ser em desenvolvimento. Imprescindível acrescentar que o incentivo à profissionalização não é o mesmo que incentivar o trabalho infantil, pois este objetiva fulminar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, mas aquele objetiva garanti-los, uma vez que o trabalho infantojuvenil deve sempre estar vinculado ao direito à educação.

Nessa mesma linha de raciocínio, o art. 62 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990)⁹ trata a aprendizagem como formação técnico-profissional no âmbito escolar, ministrada segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96)¹⁰. Ademais, o art. 428 das Consolidações das Leis do Trabalho¹¹ dispõe requisitos de suma importância para a proteção dos jovens aprendizes como, por exemplo, a anotação na carteira de trabalho e previdência social, matrícula e frequência escolar, garantia do salário mínimo, além de inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido de acordo com orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.

O direito à profissionalização no âmbito desportivo também está vinculado à educação, pois o art. 217 da Constituição da República¹² instituiu o dever do Estado em fomentar, como direito de todos, as práticas desportivas formais e não-formais. Dessa forma, a Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé)¹³ dispõe que dos quatorze aos vinte anos o atleta pode receber auxílio financeiro da entidade de prática desportiva formadora, sob a forma de bolsa aprendizagem livremente pactuada mediante contrato formal, sem que seja gerado vínculo empregatício entre as partes. Tal instituto é definido como contrato de aprendizagem esportiva, mas deve-se enfatizar que este nada tem a ver com o contrato de aprendizagem do

⁸ CUNHA, Vanessa Cristina. *Jogadores Infantis em Clubes Futebolísticos: os direitos fundamentais*. 2016. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/175290/TCC%20%20Vanessa%20Cristina%20Cunha.pdf?sequence=1>> Acesso em: 25 mar. 2019. p. 11-26.

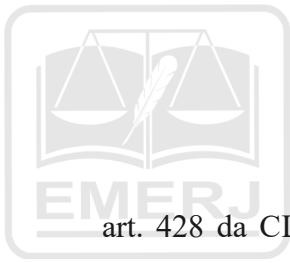
⁹ BRASIL. op. cit. nota 5.

¹⁰ BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases da Educação. *Lei nº 9.394/96*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 23 mar. 2019.

¹¹ BRASIL. Consolidações das Leis do Trabalho. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

¹² BRASIL. op. cit. nota 1.

¹³ BRASIL. *Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998*. Lei Pelé. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9615consol.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.



art. 428 da CLT¹⁴, haja vista que não forma uma relação de emprego ou qualquer vínculo empregatício entre o clube e o atleta, até mesmo porque, como bem assevera Vanessa Cristina Cunha¹⁵, o legislador teve clara intenção de não profissionalizar os atletas menores de dezesseis anos, pois o contrato de aprendizagem esportiva é um tipo especial de contrato de trabalho em que deve a entidade formadora disponibilizar assistência educacional com respectiva comprovação de frequência escolar.

Profissionaliza-se o jovem a partir de dezesseis anos, iniciando vínculo empregatício conforme as regras do artigo 29 da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé)¹⁶, posto que dispõe um tipo especial de contrato de trabalho que não poderá durar mais de cinco anos, além de dispor que a entidade formadora deve ofertar assistência psicológica, médica e odontológica, além de também ser obrigatória a disponibilização de alimentação, transporte, convivência familiar para os atletas em formação, além de utilização de alojamento e instalações desportivas adequados, sobretudo em matéria de alimentação, higiene, segurança e salubridade. Nessa linha de raciocínio, deve-se salientar que tanto a aprendizagem esportiva quanto o contrato especial de trabalho tem que estar autorizado pelo detentor do poder familiar do adolescente.

Importa enfatizar que não é ilegal a estimulação do menor de quatorze anos na prática desportiva, posto que o inciso IV do art. 3º da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé)¹⁷ dispõe sobre o desporto de formação, caracterizado como medida responsável pelo fomento e aquisição inicial dos conhecimentos desportivos que garantam competência técnica com o objetivo de promover o aperfeiçoamento da prática desportiva em termos recreativos, competitivos ou de alta competição. Sendo assim, não há dúvidas que aquele jogador com idade inferior a quatorze anos pode e deve ser estimulado a praticar qualquer modalidade desportiva. Mas, obviamente, não será estipulado um contrato de aprendizagem desportiva e muito menos esse jovem será um atleta profissional, até mesmo porque o desporto de formação não é considerado um trabalho, mas, sim, prática desportiva lúdica, com o intuito de contribuir para a educação da criança e do adolescente.

Por fim, deve-se salientar que Vanessa Cristina Cunha¹⁸, profissional do serviço social, assevera que o limite de idade de ingresso no mercado de trabalho tem o intuito de impedir que crianças e adolescentes sejam expostos de forma precoce no mundo laboral, objetivando preservar a higidez física e psicológica deles. Todavia, o jurista Paulo Henrique

¹⁴ BRASIL. op. cit. nota 11.

¹⁵ CUNHA, op. cit. nota 8, p. 38.

¹⁶ BRASIL. op. cit. nota 13

¹⁷ Ibid.

¹⁸ CUNHA. op. cit. nota. 8. p. 26.

Figueiredo de Araújo¹⁹ defende que as normas que limitam o trabalho desenvolvido por crianças e adolescentes não devem ser aplicadas de forma abstrata, uma vez que devem sempre ser interpretadas com razoabilidade, casuisticamente, no melhor interesse deles, posto que a intenção do constituinte é protegê-los, razão pela qual o trabalho desportivo não seria inconstitucional se não prejudicar o desenvolvimento desses adolescentes.

2. A NECESSIDADE DE PREVENIR SITUAÇÕES DE RISCO NO ÂMBITO DO TRABALHO INFANTOJUVENIL DESPORTIVO

Os jovens têm o direito de sonhar em ascender socialmente por meio do esporte, até mesmo porque esta é uma prática essencial ao desenvolvimento físico e saudável de qualquer pessoa, capaz inclusive de transformar vidas e a personalidade moral de qualquer indivíduo. Entretanto, Zéu Palmeira Sobrinho²⁰, juiz trabalhista, salienta que o esporte pode se tornar uma responsabilidade maior do que deveria enfrentar uma criança ou adolescente, pois eles deveriam ter como principal obrigação a dedicação aos estudos e também ao lazer em práticas educativas com outras pessoas de sua idade, não uma obrigação oriunda do investimento familiar em busca da expectativa de fama, bons salários e elevação do consumo.

A família não é só a base da sociedade, pois também é a base moral de qualquer criança e adolescente, contudo o referido jurista²¹ dispõe que infelizmente, na busca da ascensão social por meio do esporte, a família tende atribuir ao jovem a obrigação de provedor do núcleo familiar, obrigando-o a se esforçar fisicamente além de sua capacidade corporal. Nesse diapasão, existe o risco de familiares e empresários dilapidarem o patrimônio do jovem em proveitos pessoais, o que não é admitido no direito, uma vez que não é dever da criança ou adolescente o sustento da família.

O mesmo também é enfatizado por Ricardo Georges Affonso Miguel²², posto que os jovens atletas, em sua grande maioria, vêm de classes menos favorecidas, necessitando de

¹⁹ ARAÚJO, Paulo Henrique Figueiredo de. O trabalho do menor em atividades artísticas e desportivas à luz do ordenamento jurídico nacional. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2506, 12 de maio 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14840>>. Acesso em: 20 out. 2019.

²⁰ PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Trabalho Infantil Esportivo*. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/26300-trabalho-infantil-esportivo>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

²¹ Ibid.

²² MIGUEL, Ricardo Georges Affonso. *A possibilidade de contratação do atleta menor de futebol e a utilização do instituto da antecipação de tutela para transferência do atleta de futebol*. Disponível em: <http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISTAS%20TRT-

proteção estatal para evitar a exploração que viola os direitos fundamentais desses seres em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, até mesmo porque as dificuldades financeiras podem ocasionar uma exploração desenfreada dos familiares. Mas, ainda assim, enfatiza o autor que a família deve incentivar o desenvolvimento esportivo da criança e adolescente, pois a profissionalização também é uma garantia aos preceitos da doutrina da proteção integral.

Zéu Palmeira Sobrinho²³ dedica-se em enfatizar os riscos que atingem os jovens no âmbito desportivo como danos psicológicos decorrentes da pressão da família, evasão escolar, danos à integridade física advindos do alto impacto da atividade física e até mesmo o abuso sexual que chegou a vitimar a atleta Joanna Maranhão²⁴ que denunciou o antigo treinador de tê-la molestado enquanto ela tinha apenas nove anos de idade. Aliás, os casos de denúncias de abuso sexual em face de crianças e adolescentes são comuns como, por exemplo, o que vitimou o ex-jogador do Manchester City, Chris Unsworth²⁵, que denunciou o fato de ter sido estuprado diversas vezes a partir dos nove anos de idade pelo antigo técnico.

Deve-se acrescentar que outro risco que pode atingir os jovens que praticam o trabalho desportivo é o perigo de serem colocados em alojamentos pouco adequados como o que ocorreu no centro de treinamento presidente George Helal, popularmente conhecido como “ninho do urubu”, utilizado pela equipe de futebol profissional do Flamengo e por suas categorias base. Trata-se do local do incêndio ocorrido em razão de uma explosão no aparelho de ar-condicionado, no dia 08 de fevereiro de 2019²⁶, causando a morte de dez adolescentes que tinham o sonho de se tornarem jogadores de futebol: os goleiros Christian Esmério, quinze anos, e Bernardo Pisetta, quatorze anos; dos zagueiros Pablo Henrique da Silva, quinze anos, e Arthur Vinícius de Barros Silva Freitas, quatorze anos; do lateral-direito Samuel Thomas de Souza Rosa, quinze anos; dos volantes Jorge Eduardo dos Santos, quinze anos, e Rykelmo de Souza Viana, dezesseis anos; do meio-campista Gedson Santos, quatorze anos; e

RJ/047/REVISTA%20TRIBUNAL%20REGIONAL%20%20DO%20TRABALHO%20DA%201%C2%AA%20REGI%C3%83O%20N%2047/A%20POSSIBILIDADE%20DE%20CONTRATA%C3%87%C3%83O%20DO%20ATLETA%20MENOR.PDF>. Acesso em: 25 mar. 2019.

²³ PALMEIRA SOBRINHO. op. cit. nota 20.

²⁴ MIRANDA, Débora. *Vítimas de abuso sexual estão cientes que são vítimas de fato, diz Joanna Maranhão*: Nadadora que sofreu agressão e deu nome a lei que ajuda a levar os casos ao público. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2019/05/vitimas-de-abuso-sexual-estao-cientes-de-que-sao-vitimas-de-fato-diz-joanna-maranhao.shtml>>. Acesso em: 08 set. 2019.

²⁵ ESPN. *Novos Casos Aumentam Proporção de Escândalo Sexual no Futebol Inglês*. Disponível em: <http://www.espn.com.br/noticia/650053_novos-casos-aumentam-proporcao-de-escandalo-sexual-no-futebol-ingles>. Acesso em: 18 set. 2019.

²⁶ VEJA. *O que se sabe sobre o incêndio no CT do Flamengo*. 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/o-que-se-sabe-sobre-o-incendio-no-ct-do-flamengo/>> Acesso em: 08 set. 2019.

dos atacantes Vitor Isaías, quinze anos, e Athila Paixão, quatorze anos. Por fim, o acidente também deixou três adolescentes feridos: Cauan Emanuel Gomes Nunes, quatorze anos; Francisco Diogo Bento Alves, quinze anos; e Jonathan Cruz Ventura, quinze anos.

Uma das coisas que mais chamaram a atenção da sociedade, foram as irregularidades que o clube desportivo tinha com a prefeitura e também os contêineres em que esses jovens eram alojados, posto que obviamente não era a situação adequada, violando, inclusive, a alínea “d” do inciso II do § 2º do art. 29 da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé)²⁷ que dispõe como obrigação da entidade formadora manter um alojamento apropriado a manutenção dos atletas mirins. Ressalta-se que os adolescentes estavam em situação de vulnerabilidade em razão da idade, não podendo defender os seus direitos por si mesmos sem o auxílio dos integrantes da família, da sociedade e dos órgãos estatais que tinham a obrigação de fiscalizar e exigir o cumprimento das legislações que visam proteger os jovens da situação de risco.

Na realidade, essa tragédia evidenciou a precarização da relação de trabalho envolvendo as entidades formadoras dos clubes desportivos e os jovens que sonham em ascender por meio do esporte, posto que a formação de atletas é um negócio lucrativo que pode atrair pessoas pessimamente intencionadas, cujo principal intuito é objetificar esses jovens como meras mercadorias, pois em vez de estarem comprometidos com o desenvolvimento de práticas educativas, visam tão somente o potencial de lucro que poderão obter explorando o trabalho dos jovens atletas.

Outro dano aos adolescentes é a ausência do convívio familiar, um dos direitos evidenciados no art. 227 da Constituição da República²⁸. Sendo assim, Vanessa Cristina Cunha²⁹ salienta que um dos grandes desafios a serem enfrentados é a separação da família e do meio social caracterizado pela amizade, uma vez que muitas vezes os jovens devem se afastar de sua cidade de origem para se vincular ao clube desportivo. Ora, o afastamento familiar em tão pouca idade tende a prejudicar a continuação dos estudos em razão da dificuldade de conciliá-los com a carreira, posto que há alto grau de cobrança nos treinamentos e competições, onde há também cobrança pela busca de resultados.

Renata Back Berti³⁰ defende que os danos do trabalho infantojuvenil desportivo são percebidos em longo prazo porque o trabalho infantil é observado numa ótica imediatista. Em

²⁷ BRASIL. op.cit. nota 13.

²⁸ BRASIL. op. cit. nota 1.

²⁹ CUNHA. op. cit. nota 8, p. 47.

³⁰ BERTI, Renata Back. *A Proteção Jurídica Brasileira Contra a Exploração do Trabalho Infantil no Esporte*. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense. Criciúma. 2011. p. 45.



razão disso, há verdadeira necessidade de discutir os abusos que possivelmente ocorrem em razão da exploração do trabalho de jovens atletas, posto que muitas vezes eles estão longe dos familiares e não têm condições de se defenderem por suas próprias forças. As pressões físicas e psicológicas por um bom resultado, a dificuldade de manter os resultados na vida escolar, os abusos sexuais e o afastamento do convívio familiar devem sempre ser previamente reprimidos pelos órgãos estatais em razão da vulnerabilidade que se encontra esses jovens que ainda estão se desenvolvendo fisicamente, intelectualmente e também moralmente.

3. MEDIDAS A SEREM TOMADAS PARA PROTEGER AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES DA SITUAÇÃO DE RISCO NO ÂMBITO DO TRABALHO DESPORTIVO

Imprescindível enfatizar que a situação de risco se faz presente quando uma criança ou adolescente têm seus direitos fundamentais violados ou ameaçados de lesão, ocorrendo por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, ou até mesmo dos pais ou responsável, ou em razão da própria conduta da criança e do adolescente. Deve-se acrescentar que conforme o art. 227 da Constituição da República³¹, o dever de defender os direitos fundamentais desses seres em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento é de toda a sociedade, sendo a culpa de todos quando uma tragédia envolvendo esses jovens ocorre, ainda mais num âmbito tão público como o trabalho desportivo.

O ideal seria que as crianças e adolescentes se dedicassem as práticas esportivas tão somente pelo prazer, contudo a prática vem se moldando numa forma de exploração de trabalho que faz com que essas pessoas em tão pouca idade já tenham a responsabilidade de sustentar e família, garantindo, também, um futuro próspero. Em razão disso, evidencia-se a necessidade de políticas públicas que objetivam a proteção da criança e adolescente no mundo laboral desportivo e também a mudança do pensamento da sociedade quanto a normalização do trabalho infantojuvenil.

O Ministério Público tem suma importância, como fiscal da ordem jurídica, na aplicação de medidas protetivas com a finalidade de cessar a situação de risco, protegendo a criança ou adolescente e garantindo o pleno gozo dos direitos ameaçados ou violados. Ademais, os órgãos estatais devem fiscalizar os clubes formadores de atletas, realizando

³¹ BRASIL. op.cit. nota 1.

inspeções e instaurando procedimentos investigatórios quando necessário, sempre objetivando verificar a observância e garantia dos direitos das crianças e adolescentes.

Todavia, nenhuma dessas medidas protetivas terá a menor aplicabilidade se o pensamento da sociedade não for outro no sentido de proteção da criança e do adolescente, sempre inadmitindo qualquer violação de direitos. Ou seja, o interesse lucrativo não deve nortear as entidades formadoras, mas sim a garantia dos direitos fundamentais dos pequenos atletas em terem sempre incentivo para a manutenção dos estudos, do convívio com a entidade familiar e principalmente o entendimento que a prática desportiva deve ser aplicada de forma muito mais educativa do que profissional.

Ressalta-se que o esporte realizado de forma saudável é um direito da criança e do adolescente, uma vez que oportuniza o desenvolvimento humano advindo do tempo livre para descobrir e experimentar as mais diversas possibilidades. Entretanto, Renata Back Berti³² assevera que a prática esportiva é prejudicial quando é desconsiderada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, exigindo-se longas jornadas de treino, o que faz a prática esportiva perder o foco de desenvolvimento humano. Para a autora³³, o trabalho infantil “em atividades esportivas, considerando a forma e a intensidade da atividade, é tão ou mais prejudicial que as demais formas de exploração pelo trabalho”. Logo, é necessário separar a prática saudável da prejudicial, reconhecer os danos físicos e psicológicos, identificando, dessa forma, as situações em que há exploração nas atividades esportivas.

Deve-se salientar que os jovens são atraídos ao mercado do esporte em razão do sonho em se tornar igual ao atleta destacado na mídia, mas Renata Back Berti³⁴ alerta que a situação do eventual “ídolo” é uma exceção no mercado altamente competitivo do esporte, o que gera a ilusão que os atletas sempre ganharão muito dinheiro. Sendo assim, é necessário desestimular esses mitos que iludem os jovens de nosso país, posto que o esporte, embora possa causar muitos benefícios à saúde, tem um mercado que nem sempre trará uma vida de sonhos aquele que o realiza, razão pela qual a sociedade precisa entender que o trabalho desportivo é um trabalho como outro qualquer, necessitando estar vinculado a uma prática educativa, sempre disposto ao melhor desenvolvimento do indivíduo.

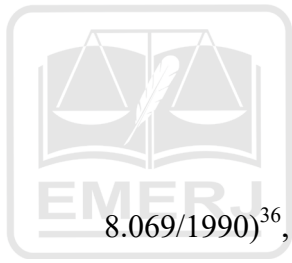
Além disso, Vanessa Cristina Cunha³⁵, profissional do serviço social, esclarece que é necessário obedecer as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº

³² BERTI, op. cit. nota 30. p. 50.

³³ Ibid. p. 50.

³⁴ Ibid. p. 33.

³⁵ CUNHA. op. cit. nota 8. p. 31.



8.069/1990)³⁶, posto que o diploma legal estabeleceu regras sobre a profissionalização e a proteção no trabalho de crianças e adolescentes, objetivando que o labor não afete o desenvolvimento físico, a vida escolar e muito menos o convívio familiar, onde o jovem deve receber formação necessária para a inclusão na sociedade, aprendendo a enfrentar desafios e assumindo responsabilidades. Ademais, a autora³⁷ enfatiza que as entidades formadoras devem incentivar a convivência familiar de seus atletas, adotando programas de socialização e de convivência dos atletas com as famílias, custeando as despesas com o deslocamento dos parentes que vivem em outras cidades, posto que deve-se proporcionar este direito fundamental de suma importância ao desenvolvimento do indivíduo.

Além disso, Vanessa Cristina Cunha³⁸ valoriza a inserção dos assistentes sociais dentro dos clubes desportivos, destinados a realizar um trabalho social diretamente com os atletas mirins, posto que esses profissionais estão aptos a entrar em contato com a família quando preciso, até mesmo atendendo o jovem nas questões de saúde e educação. Sendo assim, cabe ao serviço social acompanhar os atletas na formação pessoal, intelectual e profissional, sempre promovendo acesso aos direitos sociais e humanos.

Enfim, ressalta-se que deve haver uma mudança de entendimento da sociedade, posto que é a obrigação de todos a manutenção dos direitos fundamentais desses seres em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Ademais, também é necessária políticas públicas vinculadas à fiscalização nos clubes desportivos, o que oportunizará a prevenção de eventuais tragédias e danos que atingirão profundamente a vida dos futuros atletas.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que o sonho de muitas crianças e adolescentes é a ascensão social por meio do esporte, um sonho legítimo e respaldado pelo direito à profissionalização que em nada se confunde com a infeliz prática do trabalho infantil. Dessa forma, o legislador preocupou-se que as entidades formadoras de atletas mirins estivessem sempre vinculadas à práticas educativas, onde o trabalho desportivo deverá ser realizado em condição e local condizente com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

³⁶ BRASIL. op. cit. nota 5.

³⁷ CUNHA. op. cit. nota 8. p. 50.

³⁸ Ibid. p. 55.

Entretanto, o trabalho infantojuvenil desportivo pode trazer graves consequências ao futuro da criança e do adolescente, como, por exemplo, ausência do convívio familiar, evasão escolar, pressão psicológica por bons resultados, lesões corporais em razão da prática esportiva repetida, exploração econômica dos entes familiares e até mesmo abuso sexual. Inicialmente, para prevenir todas essas situações de risco, é necessário que a sociedade entenda que é parte fundamental na defesa dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, objetivando que os interesses lucrativos sejam superados pelo melhor interesse desses sujeitos de direitos que têm especial proteção estatal.

O Ministério Público e os profissionais da assistência social têm um papel fundamental na defesa dos interesses da criança e do adolescente, uma vez que aquele é o fiscal da ordem jurídica, apto a realizar fiscalização e instaurar inquéritos para apurar a inobservância da legislação brasileira. Por outro lado, estes são profissionais que podem conviver diretamente com o jovem, além de denunciar as autoridades qualquer irregularidade que possa ocorrer nos clubes desportivos.

Enfim, a doutrina da proteção integral, respaldada pela Constituição da República, assevera que todas as crianças e adolescentes, independentemente de qualquer diferença social, são titulares de direitos e deveres inerentes à condição de pessoa humana. A necessidade de especial proteção estatal é vinculada ao princípio do melhor interesse desses jovens, razão pela qual deve ser incentivado a possibilidade de ascensão social por meio do esporte, mas sempre tomando todos os cuidados possíveis para que o futuro desses jovens não deixe de se tornar um sonho para se tornar um pesadelo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Paulo Henrique Figueredo de. O trabalho do menor em atividades artísticas e desportivas à luz do ordenamento jurídico nacional. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2506, 12 de maio 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14840>>. Acesso em: 20 out. 2019.

BERTI, Renata Back. *A Proteção Jurídica Brasileira Contra a Exploração do Trabalho Infantil no Esporte*. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense. Criciúma. 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. *Decreto Legislativo nº 28/1990*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/535984>>. Acesso em: 13 set. 2019.

_____. *Decreto nº 99.710/1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 13 set. 2019.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Lei nº 9.394/96*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 23 mar. 2019.

_____. *Consolidações das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. *Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Lei Pelé*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9615consol.htm>. Acesso em: 26 mar. 2019.

CUNHA, Vanessa Cristina. *Jogadores Infantis em Clubes Futebolísticos: os direitos fundamentais*. 2016. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/175290/TCC%20-%20Vanessa%20Cristina%20Cunha.pdf?sequence=1>> Acesso em: 25 mar. 2019.

ESPN. *Novos Casos Aumentam Proporção de Escândalo Sexual no Futebol Inglês*. Disponível em: <http://www.espn.com.br/noticia/650053_novos-casos-aumentam-proporcao-de-escandalo-sexual-no-futebol-ingles>. Acesso em: 18 set. 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2015.

LIBERATI, Wilson Donizete. *Direito da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo, Riddel: 2011.

MIGUEL, Ricardo Georges Affonso. *A possibilidade de contratação do atleta menor de futebol e a utilização do instituto da antecipação de tutela para transferência do atleta de futebol*. Disponível em: <http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRP_PORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISTAS%20TRT-RJ/047/REVISTA%20TRIBUNAL%20REGIONAL%20%20DO%20TRABALHO%20DA%201%20AA%20REGI%20C3%83O%20N%2047/A%20POSSIBILIDADE%20DE%20CONTRATA%20C3%87%20C3%83O%20DO%20ATLETA%20MENOR.PDF>. Acesso em: 25 mar. 2019.

MIRANDA, Débora. *Vítimas de abuso sexual estão cientes que são vítimas de fato, diz Joanna Maranhão: Nadadora que sofreu agressão e deu nome a lei que ajuda a levar os casos ao público*. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha>>



/2019/05/vitimas-de-abuso-sexual-estao-cientes-de-que-sao-vitimas-de-fato-diz-joanna-maranhao.shtml>. Acesso em: 08 set. 2019.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Trabalho Infantil Esportivo*. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/26300-trabalho-infantil-esportivo>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

VEJA. *O que se sabe sobre o incêndio no CT do Flamengo*. 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/o-que-se-sabe-sobre-o-incendio-no-ct-do-flamengo/>> Acesso em: 08 set. 2019.



A ALTERAÇÃO DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO TRAZIDA PELA LEI Nº 13.718/2018 SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA VÍTIMA

João Victor Rocha da Silva

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogado.

Resumo – A Lei nº 13.718/2018 trouxe entre uma das inovações a alteração da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual, determinando que todos passaram a ser de ação penal pública, independente de terem sido contra pessoa vulnerável ou não. Tal mudança se deu numa tentativa de responder à sociedade que o Estado não está inerte às demandas da população, que tolera cada vez menos a ocorrência desses crimes. Ocorre que essa alteração, em relação às vítimas não vulneráveis não representa necessariamente um avanço na tutela dos seus direitos, sobretudo ao pensarmos que o processo penal traz consequências que podem não ser benéficas para o sujeito passivo, tais como a exposição, rememoração do fato e contato com agressor. Nesse sentido, o presente trabalho visa tratar dessa alteração a partir da perspectiva dessas vítimas não vulneráveis que tiveram o seu direito de representação suprimido e que, a partir dessa lei, são compulsoriamente submetidas à persecução penal.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Crimes sexuais. Natureza da ação penal. Lei 13.718/2018. Dignidade da vítima.

Sumário – Introdução. 1. O tratamento legal da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. 2. Do bem efetivamente tutelado nos crimes sexuais e o papel da vítima na persecução penal desses crimes. 3. Interesse do ofendido x interesse da sociedade: a retirada do direito de representação da vítima foi efetivamente benéfica na tutela da dignidade da vítima? Conclusão. Referencias.

INTRODUÇÃO

Não são poucos os casos de violência sexual noticiados na mídia ultimamente. Tal situação, aliada ao fato de que tais crimes têm uma reprovação social cada vez maior, faz com que se enxergue no enrijecimento do direito penal uma tentativa de o Estado, por meio dos representantes democraticamente eleitos, mostrar à sociedade que não está inerte ao que está acontecendo.

É nesse contexto que foi editada a Lei nº 13.718/2018 que, entre outras modificações, estabeleceu que todos os crimes contra liberdade sexual, a partir de agora, são de ação penal pública incondicionada e é nisso em que consiste o objeto de estudo da presente pesquisa científica, sobretudo no que tange à vítima não vulnerável.

Se por um lado, a alteração da lei é vista como uma resposta enérgica do Estado aos inúmeros casos de violência sexual, por outro deve ser questionado até que ponto tirar da vítima o direito de escolher se expor a um processo, com produção probatória, contato com agressor e rememorar um fato que talvez ela queira esquecer foi a melhor maneira de tutelar a sua dignidade.

Procura-se, então, demonstrar que a respectiva alteração não representa um avanço na tutela da pessoa ofendida, mas apenas a coloca em uma situação apta a lhe gerar mais danos, uma vez que sua vontade de seguir ou não na persecução penal não será levada em consideração pelo poder punitivo estatal.

Para tanto, faz-se uma análise de como era o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da matéria até a referida mudança legislativa e o que ficou estabelecido a partir dela.

Com a finalidade de analisar o tema de maneira apta, o primeiro capítulo do presente trabalho trata de como era a natureza da ação penal nos crimes sexuais envolvendo vítimas tidas pelo nosso ordenamento jurídico como não vulneráveis e a alteração trazida pela Lei nº 13.718/2018 nesse aspecto.

A seguir, no segundo capítulo, aborda-se o bem efetivamente tutelado por esse tipo penal e a função que a vítima ocupa no processo de responsabilização desse tipo de crime.

Por fim, no terceiro capítulo, procura-se verificar se a alteração legislativa, trazida com o intuito de tutelar o interesse da pessoa ofendida e da sociedade, logrou atingir o seu objetivo. Visa-se questionar se a retirada do direito de representação da vítima foi efetivamente benéfica na tutela da sua dignidade pois a obrigatoriedade do ajuizamento de ação desses crimes, de acordo com vitimologia, traz implicações processuais que talvez sejam tão gravosas para a vítima quanto a violência sofrida ou até mais, uma vez que o processo acaba sendo uma maneira de trazer a conhecimento de outras pessoas e lembrar e perpetuar o sofrimento experimentado.

Esse trabalho é desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo pois pretende o pesquisador escolher algumas premissas relacionadas ao objeto de estudos com o intuito de analisar a sua procedência por via argumentativa.

Logo, esse artigo é feito de maneira qualitativa, por meio de pesquisa e análise bibliográfica de materiais e decisões judiciais concernentes ao tema tratado.

1. O TRATAMENTO LEGAL DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual é regulada pelo artigo 225 do Código Penal¹ que, com a atual com a redação dada pela Lei nº 13.718/2018², passou a estabelecer que a ação nos crimes contra a dignidade sexual é de pública incondicionada.

Com essa alteração, a ação contra crimes como estupro e assédio sexual não dependem mais da vontade da vítima para serem ajuizadas, regra essa que também vale para o crime de importunação sexual, recém-tipificado.

Antes, esse artigo 225 estava sob a égide da Lei nº 12.015/2009³, que estabelecia que a regra de ação penal nesses crimes era pública condicionada à representação do sujeito passivo, daquele que sofreu a ação criminosa. A exceção, ou seja, caso de ação penal pública incondicionada, era apenas em caso de vítima menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável, tida como tal aquela menor de quatorze anos ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivesse o necessário discernimento para a prática do ato ou que, por qualquer motivo, não pudesse oferecer resistência.

Nesse sentido, transcreve-se a redação antiga:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Em relação à representação, Aury Lopes Júnior⁴ a define como “uma espécie de autorização” da vítima ou do seu representante legal para que a ação possa ser exercida. Ao passo que Renato Brasileiro⁵ entende a representação como uma condição específica de procedibilidade, Aury a tem como uma das condições da ação, pelo que conclui que “o MP não pode proceder contra alguém sem que exista essa autorização do ofendido (nem mesmo inquérito pode ser formalmente instaurado sem ela, diante da exigência do art. 5º, §4º, do CPP).”⁶

¹BRASIL. *Decreto-lei nº 3.914*, de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.

²BRASIL. *Lei nº 13.718*, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.

³BRASIL. *Lei nº 12.015*, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.

⁴LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 205.

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p 304. – versão pdf

⁶ LOPES, op. cit., p. 205.

Nos termos dos artigos 38 e 39 do Código de Processo Penal⁷, a representação pode ser feita à autoridade policial, Ministério Público e ao juiz, dentro do prazo decadencial de seis meses – que não pode ser interrompido, suspenso ou prorrogado nas suas respectivas previsões legais –, sob pena de a vítima decair do seu direito de representar.

Do exercício desse direito cabe retratação da vítima nos termos do artigo 25 do Código de Processo Penal⁸, até o momento do recebimento da denúncia pelo juiz.

Especificamente em relação ao crime de estupro, havia ainda o enunciado da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal⁹ que dizia que “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”, entendimento esse que na opinião de Rogério Greco¹⁰ tornava “letra morta parte das disposições do art. 225 do Código Penal, somente se exigindo a representação do (a) ofendido(a) nas hipóteses em que o crime for cometido com emprego de grave ameaça”.

Contudo, havia uma dissonância na doutrina, abaixo explicitada, em relação à aplicabilidade da Súmula. Explica-se: tal verbete é anterior à edição da Lei nº 12.015/2009¹¹ e foi editada quando o crime de estupro, classificado antigamente como crime contra os costumes, era de ação penal privada.

Ao passo que, para Aury Lopes¹², a Súmula 608¹³ seria aplicada apenas nos casos de resultado morte ou lesão corporal grave ou gravíssima, por força das regras do crime complexo trazidas pelo artigo 101 do Código Penal¹⁴, para Paulo Rangel¹⁵ e Guilherme de Souza Nucci¹⁶, ela sequer seria mais aplicada, entendendo esse último que:

[...] Elimina-se a Súmula 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação. Lembremos ser tal Súmula fruto de Política Criminal, com o objetivo de proteger a mulher estuprada, com receio de alertar os órgãos de segurança, em especial, para não sofrer preconceito e ser vítima de gracejos inadequados. Chegou-se, inclusive, a criar a Delegacia da Mulher, para receber tais tipos de ocorrência. Não há razão técnica para a subsistência do preceito sumular, em particular pelo advento da reforma trazida pela Lei 12.015/2009.

⁷BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019.

⁸Ibid.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 608*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2694>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

¹⁰GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, volume III. 9. ed. Niterói: Impetus, 2012. p 475.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 3.

¹²LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 211.

¹³BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p 304-306.

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009. p 62-63.

Unificaram-se o estupro e o atentado violento ao pudor e conferiu-se legitimidade ao Ministério Público para a ação penal, desde que a vítima concorde em representar. Mais que justo no cenário presente.

Essas são resumidamente as observações sobre direito de representação, que continuam válidas para os crimes que admitem, mas não mais para aqueles contra a dignidade sexual.

Pela rápida explanação, tem-se que, se antes, a persecução penal dos crimes sexuais estava, em regra, submetida à representação do ofendido, agora, uma vez regida pelo princípio da obrigatoriedade - em virtude do qual deve o Ministério Público denunciar sempre que presentes as condições da ação - não tem mais a vítima o direito conceder tal autorização ao poder público.

Apesar de essa alteração parecer singela e não mudar muito os trâmites processuais porque, no fim, quem ajuíza a ação é o Ministério Público, Renato Brasileiro¹⁷, de maneira didática, explica a razão de existirem crimes que só podem ser processados mediante representação no seguinte trecho:

Por força do que a doutrina denomina de escândalo do processo pelo ajuizamento da ação penal (*strepitus iudicii*), reserva-se à vítima ou ao seu representante legal o juízo de oportunidade e conveniência da instauração do processo penal, com o objetivo de se evitar a produção de novos danos em seu patrimônio moral, social e psicológico, em face de possível repercussão negativa trazida pelo conhecimento generalizado do fato delituoso. Some-se a isso o fato de que certos delitos afetam imediatamente o interesse particular, e apenas mediamente o interesse geral, o que dificulta até mesmo a produção probatória, caso não haja cooperação da vítima. Daí o motivo pelo qual se condiciona a atuação do aparato estatal à manifestação da vontade da vítima ou de seu representante legal.

Nesse sentido, o exercício do direito de representação é juízo positivo de conveniência e oportunidade que a vítima faz de acordo com os seus interesses particulares; exercício esse que não é mais feito nos crimes em estudo devido à alteração legislativa supramencionada.

Além disso, tal transformação implica também no papel das outras autoridades. Enquanto nos crimes condicionados à representação, é necessária autorização da vítima para que qualquer medida possa ser tomada, nos delitos processados por ação penal pública, a instauração do inquérito policial e qualquer outra ação da polícia e Ministério Público podem ser feitas de ofício, sem necessidade de qualquer atuação por parte da vítima.

¹⁷ LIMA, op. cit., p 304.

2. DO BEM EFETIVAMENTE TUTELADO NOS CRIMES SEXUAIS E O PAPEL DA VÍTIMA NA PERSECUÇÃO PENAL DESSES CRIMES

Conforme brevemente citado anteriormente, o crime do artigo 213 do Código Penal¹⁸, primeiro tipo dos crimes sexuais que trata do crime de estupro, tutela, como se pode ver pelos seus Título e Capítulo, a liberdade e a dignidade sexual.

Nesse ínterim, é necessário conceituar o que se entende por liberdade sexual, que é uma expressão muito bem trabalhada por Emiliano Borja Jiménez¹⁹ que a estabelece como a:

Autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, com uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios o sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais.

Contudo, nem sempre foi assim. Até o advento da Lei 12.015/09²⁰, entendia o legislador que tal crime violava os costumes. Tal alteração se deu porque, pela evolução de pensamento, passou-se a entender que o âmbito de tutela do respectivo tipo não podia mais ser a “forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual”²¹.

Com isso, o modo como o desrespeito à autodeterminação sexual violava a liberdade individual e feria, por consequência lógica, a própria dignidade humana passou a importar mais do que o modo como as pessoas agiam sexualmente perante o coletivo. Assim, apesar de parecer e efetivamente ser uma pequena alteração, tal mudança tirou a expectativa social em relação ao comportamento íntimo das pessoas do centro da tutela e colocou o indivíduo como sujeito passivo imediato e, portanto, prioritário, desse crime.

Essa alteração, portanto, reconheceu que devem ser o indivíduo e a sua dignidade como ser humano o centro da tutela dos crimes sexuais, não apenas o modo como a sociedade enxerga o estupro e a forma como lida com ele.

Ademais, ressalta ainda Rogério Greco, no mesmo artigo,²² a importância interpretativa dessa mudança:

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹JIMÉNEZ apud GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, V. III. 9. ed. Niterói: Impetus, 2012. p 463.

²⁰BRASIL, *Lei nº 12.015*, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 21 jul. 2019.

²¹GRECO, Rogério. *Crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-a-dignidade-sexual>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

²²Ibid.



O nome dado a um Título ou mesmo a um Capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, pois que, através de uma interpretação sistêmica, que leva em consideração a situação topográfica do artigo, ou mesmo de uma interpretação teleológica, onde se busca a finalidade da proteção legal, se pode concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, de forma mais segura o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas. A título de exemplo, veja-se o que ocorre com o crime de estupro, que se encontra no capítulo relativo aos crimes contra a liberdade sexual. Aqui, como se percebe, a finalidade do tipo penal é a efetiva proteção da liberdade sexual da vítima e, num sentido mais amplo, a sua dignidade sexual (Título VI).

Ultrapassada essa análise, passa-se a analisar a função da vítima na persecução penal dos crimes sexuais.

Ao passo que, nos crimes de ação penal privada, a vítima ou seu representante legal assume o papel de parte principal, nos crimes de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação, quem assume esse papel é o Ministério Público, por força do artigo 129, I da Constituição da República²³.

Nesses casos, pode o ofendido, como parte secundária, ingressar no polo ativo, como assistente de acusação, que terá a função de fiscalizar e auxiliar a atuação do *parquet*.

Destaca-se que a atuação ministerial independe da vontade do assistente, que tem um papel meramente coadjuvante, mas que pode ser relevante para a solução do caso.

O procedimento na ação penal pública incondicionada e na condicionada à representação será o mesmo, tendo como único fato divergente a necessidade de anuência do sujeito passivo para a instauração da ação, conforme foi tratado anteriormente.

Em relação à produção probatória, em regra, as provas mais usadas na apuração penal da ocorrência do estupro são o exame de corpo de delito e as provas orais da vítima e das eventuais testemunhas.

No que tange ao exame de corpo de delito, esse é tido como necessário pois é um crime que costuma deixar vestígios e o artigo 158 do Código de Processo Penal²⁴ determina que nesses casos haja produção obrigatória de prova pericial, que não pode ser suprida pela confissão do acusado.

A dificuldade na produção dessa prova é que esses vestígios deixados pela consumação do estupro no corpo da vítima geralmente desaparecem com o mero decurso do tempo. Já nos casos da tentativa, eles podem sequer existir.

²³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2019.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 7.

Assim, em existindo vestígios, a vítima é submetida a exame de corpo de delito, que tem que ser produzido imediatamente, como diz a própria expressão, em seu corpo, em virtude do seu caráter irrepetível.

Ademais, tem-se a possibilidade de o crime ser cometido apenas com emprego de grave ameaça, sem violência. Essa dificuldade, aliada ao fato de que nem sempre esse crime ou sua tentativa têm testemunhas, uma vez que tal conduta delituosa geralmente é cometida de maneira oculta, dá a jurisprudência maior relevância à palavra do sujeito passivo, que corroborada com outros elementos de convicção, acaba por permitir a condenação do réu.

Nesse sentido, entende o que Superior Tribunal de Justiça²⁵ que:

Habeas corpus. Processual Penal. Estupro. Sentença condenatória: alegação de insuficiência de provas para a condenação. Palavra da vítima: valor probante. Conquanto tenha o laudo pericial registrado apenas a ocorrência de conjunção carnal, não fazendo alusão à ocorrência de violência, não está o juiz obrigado a acatá-lo e absolver o réu, desde que outros elementos de convicção, especialmente a palavra da vítima — de crucial importância nesse tipo de delito — corroborada por harmônica prova testemunhal conduzem o magistrado a um seguro juízo de condenação. Ademais, a via do h. c. não se mostra idônea para se pretender a absolvição do réu por insuficiência de provas.

A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios. [...] (STJ, Sexta Turma, AgRg no AREsp 160.961/PI, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/06/2012)

[...] É assente nesta Corte que “nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima é importante elemento de convicção, na medida em que esses crimes são cometidos, frequentemente, em lugares ermos, sem testemunhas e, por muitas vezes, não deixam quaisquer vestígios, devendo, todavia, guardar consonância com as demais provas coligidas nos autos”. [...] (STJ, Quinta Turma, AgRg no REsp 1407792/SC, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 21/11/2013)

Em suma, não há muito a se diferenciar no papel da vítima quando o crime é de ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação uma vez que, em qualquer dos casos, ela poderá se habilitar como assistente de acusação, caso assim deseje.

A maior diferença, contudo, está no fato de que, em crimes de ação penal pública incondicionada, a vítima é obrigada a passar pelo processo penal, com produção probatória em seu corpo e testemunho, também obrigatório, sem que tenha escolhido por isso, ao passo que na ação pública condicionada à representação há, pelo menos em um primeiro momento, anuência da vítima na persecução penal.

O benefício de tal obrigatoriedade, agora determinada por lei, é questionável. De um lado, tutela-se o interesse da coletividade em punir o autor do crime, tanto para que esse evite

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 10.852-PR*. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8367691/habeas-corpus-hc-10852-pr-1999-0089928-8/inteiro-teor-102615703?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

cometê-lo de novo, quanto para que outros que eventualmente pensem em fazê-lo sintam-se acuados por saberem que não ficarão impunes. De outro, tem-se a perspectiva da vítima, demonstrada como principal tutelada na situação e que vai ser compulsoriamente submetida a um processo que tem efeitos para além dos autos judiciais. Essa dicotomia será tratada no próximo capítulo.

3. INTERESSE DO OFENDIDO X INTERESSE DA SOCIEDADE: A RETIRADA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA FOI EFETIVAMENTE BENÉFICA NA TUTELA DA DIGNIDADE DA VÍTIMA?

Se por um lado há interesse público na responsabilização do indivíduo que infringe a lei, por outro é forçoso reconhecer que há uma pessoa, vítima, que pode querer não seguir com essa situação adiante.

Destaca-se que a hipótese em análise é para as vítimas não vulneráveis, aquelas capazes de se autodeterminar de acordo com o ordenamento jurídico vigente, não abarcando essas considerações em caso de vítima menor de idade ou vulnerável, hipótese em que os interesses públicos na responsabilização do autor do fato devem preponderar e o Estado agir de ofício.

Partindo do pressuposto, então, que tratamos de uma vítima capaz, questiona-se: deve prevalecer o interesse da coletividade em punir o indivíduo que cometeu o crime sexual e prendê-lo para impedir que o fato se repita ou o direito da pessoa ofendida em escolher se submeter a um processo penal como vítima?

É inegável que o processo e o respectivo cumprimento da pena têm um papel pedagógico em relação à sociedade e ao réu, que também sofre com o caráter retributivo da pena que, por meio dessa, aprende a se reeducar e reabilitar para o convívio em coletivo. Além disso, reafirmam o direito como instrumento legítimo e eficiente de coerção, que é usado como instrumento de reprimir condutas indesejáveis e alcançar a pacificação social, restaurando a ordem eventualmente quebrada.

Contudo, os crimes sexuais envolvem uma questão social moral muito forte que sempre permeia a discussão do fato e que, em não raras situações, acaba por responsabilizar a própria vítima pela desgraça ocorrida.

Ademais, o caráter retributivo da pena há muito não se mostra mais eficaz no combate à criminalidade, o que faz com que a aplicação da pena pela pena se torne um tanto quanto questionável, ainda mais quando isso acontece no contexto brasileiro, em que o Estado ocupa

o lugar da vítima, sem muita preocupação com a pessoa violada, nem com as possíveis consequências do crime.

Como foi abordado anteriormente, o crime sexual subjuga a autodeterminação da vítima e a submete à vontade do autor, violando a intimidade, dignidade e liberdade sexual daquela.

Não se pode negar que um processo tem efeitos extraprocessuais nos sujeitos envolvidos que, dentro da sua autonomia, podem querer não passar por isso. Tendo a vítima o direito de escolher representar ao Ministério Público, ela se propõe de maneira consciente a passar por todo o processo e a suportar todo o ônus que esse pode lhe trazer.

Em relação a esse ônus, a vitimologia traz o conceito de vitimização primária, secundária e terciária.

Em poucas palavras, temos que a vitimização primária é aquela que ocorre na prática do crime; a secundária é aquela gerada “pelas instâncias formais que detêm o controle sobre o âmbito social (delegacias, Ministério Público etc) abrangendo os custos pessoais derivados da intervenção do sistema legal que incrementam os padecimentos da vítima”²⁶; por fim, a terciária trata do sofrimento vivido pela vítima nos grupos sociais que integra, sobretudo a sentimento de solidão.

Para efeitos desse trabalho, a vitimização mais pertinente é a secundária, que é causada pelo abandono da vítima e do seu reconhecimento como ser humano lesado. Não raras as vezes a vítima é colocada de lado e tratada apenas como objeto de investigação, cuja finalidade precípua não é minorar os danos causados pela omissão estatal quanto à garantia da sua segurança, mas apenas a imposição de pena ao autor do crime.

Não é por outro motivo que Carlos Morotti²⁷ escreve que:

nesta fase (e também na terciária) ocorre o fenômeno chamado de cifras negras, que são as quantidades de crimes que não chegam ao conhecimento do Estado, muitas vezes pela falta de confiança no sistema penal brasileiro, por medo de vingança ou até mesmo pelo sentimento de impunidade. Porém, não necessariamente a vitimização secundária será a causadora da cifra negra, devendo, portanto, ser analisado o caso concreto. (...). O fato da vitimização secundária não acontecer não exclui a existência da cifra negra, porque o Estado até então não tem conhecimento daquele crime.

Tais cifras negras, tratadas no trecho citado acima, precisam ser evitadas ao máximo pelo Estado, que deve conquistar da população a confiança de que esse pode agir de maneira

²⁶MOROTTI, Carlos. *Vitimização primária, secundária e terciária*. Disponível em: <<https://morotti.jusbrasil.com.br/artigos/210224182/vitimizacao-primaria-secundaria-e-terciaria>>. Acesso em: 21 set. 2019.

²⁷Ibidem

eficiente na solução dos seus problemas, não impondo que ele faça tudo de ofício e abarcando para si.

Sublinha-se que não se visa negar ou deslegitimar o interesse da sociedade na persecução penal dos crimes sexuais, em especial do estupro, objeto do presente artigo. Procura-se tão somente colocar a vítima no papel central da situação, devendo-se dar prioridade a ela e respeitando tanto a sua escolha de processar ou de seguir a sua vida e esquecer.

Para além desses conceitos, a psicologia jurídica traz ainda a figura da autovitimização secundária, em que de acordo com Jorge Trindade²⁸, a pessoa ofendida começa a “recriminar-se pelo que aconteceu, procurando encontrar motivos para explicar o fato, supondo-se co-responsável pelo evento”.

De mais a mais, temos ainda a impessoalidade e a insensibilidade de todos os atores estatais desse processo de persecução penal. Além da possível e provável vergonha que a vítima pode sofrer de ter que expor a eles a violência sofrida, muitos desses sujeitos processuais estão tão acostumados a ver casos parecidos com certa regularidade que perdem a sensibilidade em relação ao sofrimento da vítima e acabam a tratando como mais uma, o que acaba por contribuir para o distanciamento da vítima do sistema penal.

Especificamente em relação aos crimes sexuais com vítimas mulheres e autores homens, tem-se o fato de que essas têm que lidar com figuras masculinas que podem lhe gerar mais constrangimento do que o já vivido na prática do crime.

Esse constrangimento aumenta exponencialmente se considerarmos que as pessoas ofendidas podem, eventualmente, ter que ficar no mesmo ambiente ou até frente a frente com o seu ofensor, em caso, por exemplo, de produção de prova testemunhal em que o juiz não determina a retirada desse da sala de audiência ou até mesmo – em virtude do exercício da ampla defesa – terem que ouvir que de alguma maneira são responsáveis pelo mal que lhes foi feito.

Diante disso, Ana Sofia Schimit Oliveira²⁹ conclui que

No sistema penal atual, os conflitos são decididos por pessoas estranhas e as partes originalmente envolvidas desaparecem. Aquela que é representada pelo Estado – a vítima – só tem papel de desencadear o processo e prestar algumas informações. A vítima é uma perdedora diante do autor da infração e diante do Estado; não recupera o que perdeu para o infrator, pois as penas não levam em conta seus interesses, e perde ainda a oportunidade de vivenciar de forma positiva o conflito, que não é mais seu. A localização das salas de julgamento nos tribunais das cidades grandes, a

²⁸TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 158 e 159.

²⁹OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 109.

ritualização dos atos, a linguagem peculiar – uma verdadeira subcultura -, tudo afasta a vítima que, quando comparece em juízo, percebe que seu conflito é propriedade dos advogados, dos promotores, dos juizes. A despersonalização dos conflitos reflete o desempenho dos papéis sociais; nas sociedades industrializadas, as pessoas se conhecem em fragmentos, de acordo com os papéis que desempenham em cada cenário da vida, e o sistema penal não oferece oportunidade para que as partes e os operadores atuem como seres humanos integrais.

Por essa conjuntura, em que se reconhece que o processo penal pode ser danoso à pessoa ofendida, forçoso reconhecer que, em um estado democrático de direito, cujo um dos fundamentos é a dignidade da pessoa humana, conforme consta no artigo 1º, III da Constituição da República³⁰, essa deve ter o direito de preferir esquecer o ocorrido e tentar seguir a sua vida sem ser obrigada a passar por um processo que talvez não lhe seja pessoalmente tão útil.

É preciso assegurar à vítima o direito de esquecer e entender que os caracteres retributivo e pedagógico da pena nesses casos não podem se sobrepor ao interesse individual, sobretudo num cenário problemático como o sob análise.

Logo, em relação aos crimes sexuais, pelos efeitos que ele traz para a vítima, não deve prevalecer o interesse punitivo da sociedade.

Isso não quer dizer que os crimes sexuais não deverão ser punidos, mas apenas que deve ser dada mais atenção à vítima nesses crimes e que a simples alteração da natureza da ação penal não é suficiente para alcançar esse objetivo.

Em que pese a Lei nº 13.178/2018³¹ tenha tido a finalidade de dar uma resposta mais efetiva para os crimes e tutelar o bem jurídico de quem é ofendido, a retirada do seu direito de representação acaba por fazê-lo passar por um processo em que ele necessariamente será (re)vitimizado, sem que se lhe permita escolher se submeter a isso ou não, o que vai de encontro com a ordem constitucional que estabelece como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Assim, em uma tentativa de equilibrar valores constitucionalmente garantidos, para preservar a intimidade e autonomia da vítima, em vez de alterar a natureza da ação penal, teria sido mais interessante melhorar o funcionamento da máquina estatal como um todo, garantindo à vítima todo o aparato necessário dentro do processo e fora dele, não apenas alterando um artigo de lei.

Esse melhoramento poderia se dar tanto na fase de investigação quanto na fase processual para garantir uma menor vitimização secundária possível de modo que se abra

³⁰BRASIL, op. cit., nota 23.

³¹BRASIL, op. cit., nota 2.



espaço para que a vítima, estando bem assistida, pudesse escolher entre buscar ou não a responsabilização penal do agente.

CONCLUSÃO

A principal diferença processual trazida pela Lei nº 13.718 tem como efeito prático a desnecessidade de representação da vítima para que se dê início à persecução penal de crimes sexuais. Todavia, conforme restou demonstrado pela presente pesquisa, essa alteração não logrou representar uma maior tutela à vítima.

No primeiro capítulo, tratou-se da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, com foco nas vítimas não vulneráveis. Fez-se uma breve análise histórica do tratamento legal da matéria, do instituto da representação no direito processual penal brasileiro do ponto de vista da doutrina, da jurisprudência e da principal alteração trazida pela Lei nº 13.718, qual seja, a alteração de ação penal pública condicionada à representação para ação penal pública incondicionada.

Com vistas a delimitar o bem tutelado nos crimes sexuais e a sua titularidade, foi abordada a evolução do pensamento acerca desses. Se antes eram tidos como crimes contra os costumes, depois passaram a ser crimes contra a liberdade sexual, o que demonstrou o reconhecimento de que essa liberdade individual deve ser protegida - como forma de tutelar a própria dignidade humana -, e não os costumes da sociedade como um todo.

Assim, a vítima foi trazida para o centro da tutela penal.

Contudo, o avanço nesse reconhecimento de que se deve proteger a liberdade sexual da vítima e, por consequência, a sua dignidade não se coaduna com a finalidade da alteração trazida pela Lei sob análise. Tal afirmativa se baseia no papel da vítima na relação processual; vítima essa que acaba sendo colocada de lado pelo Estado que lhe substitui e que acaba sendo esquecida na persecução penal.

Diante do que foi tratado nesse trabalho, sobretudo em relação à vitimologia e à possibilidade de escândalo do processo, demonstrou-se que é necessário reconhecer que ser submetido compulsoriamente a um processo penal no papel de vítima pode gerar consequências danosas para quem o faz.

Além de todo desgaste emocional que um crime sexual gera na pessoa que o sofre, obrigá-la a se sujeitar a um processo pode gerar mais um dano que pode ser evitado. É nesse sentido que deve ser reservada à vítima a prerrogativa de diante de um juízo de oportunidade e conveniência decida sobre a instauração da ação penal.

Não é possível forçar uma pessoa capaz de se autodeterminar a integrar uma relação processual, produzir prova no seu corpo, fazê-la rememorar um fato que ela talvez não queira mais lembrar e até mesmo colocá-la de frente com o acusado com o pretexto de tutelar a sua dignidade pois é justamente essa compulsoriedade que pode feri-la.

Em um estado democrático de direito, que tem por pressuposto o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos com a finalidade de promover a sua dignidade, urge compreender que a pessoa pode ter o direito de querer apenas seguir a sua vida e esquecer a violência que sofreu, sem que a sociedade, por meio das suas instituições, se sinta no direito de escolher por ela.

Nesse contexto, pode-se concluir que apesar de ser reconhecido que o interesse da sociedade em querer punir o autor do crime é legítimo, deve prevalecer o direito de escolha da vítima em que querer buscar a responsabilização criminal do autor do fato.

Assim, devem ser buscados outros meios mais eficazes para tutelar o direito da vítima do que a simples alteração do artigo de lei que tutela a titularidade da ação penal pois provou-se que fazer isso pode trazer mais danos que benefícios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2019.

_____. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. *Decreto-lei nº 3.914*, de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.

_____. *Lei nº 12.015*, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12015.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.

_____. *Lei nº 13.718*, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC 10.852-PR*. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8367691/habeas-corpus-hc-10852-pr-1999-0089928-8/inteiro-teor-102615703?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 jul. 2019.



_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 608*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2694>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

GRECO, Rogério. *Crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-a-dignidade-Sexual>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

_____. *Curso de Direito Penal: parte especial*, V. III. 9 ed. Niterói: Impetus, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 4ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOROTTI, Carlos. *Vitimização primária, secundária e terciária*. Disponível em: <<https://morotti.jusbrasil.com.br/artigos/210224182/vitimizacao-primaria-secundaria-e-terciar-ia>>. Acesso em: 21 set. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CRIMES AMBIENTAIS: UM OLHAR SOBRE A NECESSIDADE DA NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Juliana de Jesus Nogueira

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogada.

Resumo – a questão envolvendo a aplicação do princípio da insignificância aos delitos ambientais é de suma importância no contexto nacional, especialmente diante das relevantes mudanças climáticas sofridas ao longo da última década. Com o passar do tempo o meio ambiente ganha merecido protagonismo, situação que é refletida inclusive com a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado prevista na Constituição Federal de 1988. Desta forma, o objetivo do presente trabalho é abordar a classificação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como analisar os critérios e os parâmetros de aplicação do princípio da insignificância no ordenamento pátrio.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito constitucional. Direito ambiental. Crimes ambientais. Princípio da insignificância.

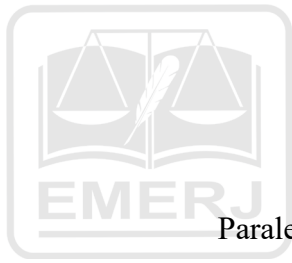
Sumário – Introdução. 1. Até que ponto vai a garantia constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado: seria um direito absoluto ou limitado? 2. Parâmetros da insignificância: um olhar para além do homem. 3. Dos requisitos de aplicação do princípio da insignificância. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho relata a impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância no campo dos crimes ambientais, tendo em vista a necessidade de garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado para esta e para as futuras gerações.

No âmbito jurídico, a análise do tema é importante pois a aplicação do referido princípio na seara ambiental confronta diretamente com a previsão constitucional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art.225 da CF). Já no âmbito social a importância da análise é demonstrada em razão dos relevantes acidentes ambientais observados na atualidade.

De fato, as discussões acerca da necessidade de preservação do meio ambiente assumiram posição de destaque na idade contemporânea. Com advento do século XXI o ser humano confere o protagonismo devido as questões ambientais, proveniente de uma consciência de que os recursos naturais são limitados e fundamentais para sobrevivência humana. Ressalta-se que essa nova forma de pensar é acompanhada pela atividade legislativa, que passa a prever novos tipos legais, bem como o endurecimento de sanções já existentes.



Paralelamente, ganha destaque no ordenamento jurídico a aplicação do princípio da insignificância, objetivando a existência de um direito penal mínimo nos diversos ramos do direito.

Em que pese o exposto, a matéria ambiental não pode ser reduzida a algo insignificante, principalmente ao se considerar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum de todos. É importante a reflexão de que se todos os indivíduos se sentirem legitimados a praticar “pequenos delitos” na seara ambiental, os danos ao meio ambiente serão gigantescos.

Ante a importância do tema, a pesquisa enfrenta algumas questões centrais ao longo dos capítulos, que permitem esclarecer as controvérsias presentes na doutrina e na jurisprudência.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a análise de que o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental limitado e não absoluto como se poderia supor. Contudo, embora seja direito fundamental limitado, somente será afastado em situações excepcionais.

Prosseguindo, o segundo capítulo do trabalho explora os parâmetros observados pelo ordenamento jurídico para aplicação do princípio da insignificância. Neste momento, destaca-se a necessidade de que seja adotado um viés biocêntrico, que considere as necessidades fundamentais de todos os seres vivos e não somente do homem.

O terceiro capítulo analisa os requisitos objetivos adotados pelo STF para aplicação do princípio da insignificância no caso concreto. Realiza-se uma crítica a respeito da adoção de tais requisitos na seara ambiental, tendo em vista a natureza peculiar desses delitos.

Por fim, destaca-se que a presente pesquisa é realizada pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o presente trabalho busca a comprovação da hipótese exposta. O processo é desenvolvido por meio da análise das principais questões que norteiam o tema.

Assim, a abordagem do objeto da pesquisa jurídica é qualitativa, com a utilização da bibliografia atinente ao tema – com destaque para a legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar a tese.

1. ATÉ QUE PONTO VAI A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: SERIA UM DIREITO ABSOLUTO OU LIMITADO?

Os direitos fundamentais são aqueles que se relacionam com os ideais de liberdade e igualdade, com vistas a promoção e proteção da dignidade da pessoa humana. Diferem dos direitos humanos, uma vez que estes estão previstos em Convenções e Tratados internacionais, ao passo que aqueles estão positivados na Constituição Federal do país¹.

A CRFB/88 traz em seu art. 5^o direitos e deveres individuais e coletivos que expressam importantes direitos fundamentais. Contudo, já houve manifestação do STF no sentido de não ser esse um rol taxativo. Desta forma, é possível que sejam encontrados outros direitos fundamentais ao longo do texto constitucional, caso em que é inserido o meio ambiente ecologicamente equilibrado³.

Uma das características inerentes aos direitos fundamentais é a historicidade, ou seja, os direitos surgem e se desenvolvem em razão do momento histórico vivido, podendo-se falar em três dimensões ou gerações de direitos fundamentais.⁴

Os direitos fundamentais de 1ª geração – derivados dos ideais liberais burgueses do século XVIII - preocupam-se com a positivação das liberdades individuais. Já os direitos de 2ª geração preocupam-se com os direitos coletivos ou sociais, tendo em vista as transformações sofridas pela sociedade no início do século XX, frutos da Primeira Guerra Mundial. Por sua vez, os direitos fundamentais de terceira geração podem ser vistos como transindividuais, pois são direitos que ultrapassam a figura do indivíduo⁵. No presente trabalho abordaremos especialmente a terceira geração de direitos fundamentais.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi expressamente disposto pelo legislador constituinte no art. 225 da CRFB/88⁶, momento em que o meio ambiente é elevado ao status de bem jurídico tutelado constitucionalmente. Em célebre manifestação

¹ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 267.

² BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 out. 2019.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4066*, Relator(a): Min. ROSA WEBER. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DIREITOS+FUNDAMENTAIS+MEIO+AMBIENTE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxlg44fl>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1102-1103.

⁵ *Ibid* p. 1100-1102.

⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

sobre o tema, o STF ao julgar a ADI/MC nº 3540 dispôs de forma definitiva que a previsão trata de direito fundamental de terceira geração, aplicável a todo o gênero humano⁷.

Cumprido destacar, portanto, que o desenvolvimento da terceira geração de direitos fundamentais passa pelo despertar da consciência humana quanto a conservação do meio ambiente, culminando no entendimento de que o homem está inserido na coletividade. Diante de tal realidade, a garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser uma necessidade, não só para esta, mas também para as gerações futuras.

Conforme salienta Frederico Amado⁸, esse direito fundamental terá como mecanismos de atuação ações positivas e negativas provenientes tanto do Poder Público como da coletividade, responsáveis por compatibilizar o crescimento econômico com a preservação do meio ambiente, em verdadeira expressão da sustentabilidade.

Desta forma, a fim de evitar conflitos intergeracionais, a previsão constitucional do art. 225⁹ sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ganha cada vez mais destaque no cenário nacional. Surge então a indagação sobre os limites de atuação desta previsão.

Ao analisar a limitação dos direitos fundamentais, Wilson Antônio Steinmetz¹⁰ é certo ao descrever que “os limites aos direitos fundamentais decorrem da própria sociabilidade humana”. A frase sintetiza que a vida em sociedade, por si só, faz com que mesmo o mais relevante dos direitos fundamentais seja alvo de limitação. Tal situação não é diferente quando estamos diante do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

De fato, não é possível conceber que os direitos fundamentais sejam vistos como absolutos ou ilimitados. Segundo Steinmetz¹¹, diante de uma perspectiva constitucional, os direitos fundamentais se justificam como limitados por três aspectos: (i) por serem positivados; (ii) por encontrarem seu limite onde termina o alcance material; (iii) por possuírem dupla dimensão: subjetiva e objetiva.

Ao entender pela limitação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é reforçada a sua categorização como direito fundamental, tendo em vista que uma das

⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3540 MC*. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3540%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3540%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bohvpval>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁸ AMADO, Frederico. *Direito ambiental sinopses para concursos*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 38.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. 2000. 232 f. Dissertação (mestrado em direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000, p. 13.

¹¹ *Ibid*, p. 15-16

particularidades do gênero é justamente a relatividade ou limitabilidade. Desta forma, Novellino, citando Zagrebelsky¹², destaca que: “A harmônica convivência das liberdades públicas exige que sejam exercidas dentro de determinados limites fixados pela constituição, a qual deve compatibilizar encargos de unidade e integração com uma base material pluralista”.

Em decorrência da característica de limitação é possível que seja verificado no caso concreto colisão entre os direitos fundamentais. Em situações como estas não será possível que os dois direitos colidentes prevaleçam, ou seja, é necessário ceder em parte para que ambos os direitos sejam contemplados¹³. O intérprete deverá apresentar a solução para o caso, por meio da regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, combinado com a sua mínima restrição¹⁴.

É importante destacar que o ordenamento jurídico não poderia prever nem mesmo um só direito como absoluto, pois seria possível que dois titulares do mesmo direito entrassem em conflito, situação em que um deles teria que ceder.

De fato, o STF reconhece que os direitos fundamentais não podem ser utilizados de forma absoluta, sob pena de atuarem como verdadeiros “escudos protetivos” até mesmo no âmbito de ilegalidades¹⁵. Assim, a Corte está alinhada ao entendimento de que os direitos fundamentais sofrem limitação.

Portanto, conclui-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito fundamental que é, não pode ser visto em caráter absoluto. Este direito sofrerá as limitações e restrições inerentes aos direitos fundamentais, observando-se a necessidade de configurar a sua mínima restrição em casos de conflito.

2. PARÂMETROS DA INSIGNIFICÂNCIA: UM OLHAR PARA ALÉM DO HOMEM

Conforme visto anteriormente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode sofrer restrições decorrentes do caráter de relatividade inerente aos direitos fundamentais. Essa restrição seria possível, dentre outras formas, por meio da aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais.

¹² ZAGREBELSKY apud NOVELINO, op. cit., p. 271.

¹³ Ibid., p. 271-272.

¹⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1104.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 143206*. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ESCUDO+PROTETIVO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2oh8ppc>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

O princípio da insignificância, baseado no conceito de desconsideração dos danos sociais irrelevantes, tem origem no Direito Romano. Contudo, foi o jurista alemão Claus Roxin o responsável pelo seu enriquecimento e popularização¹⁶.

A partir da incorporação desse princípio, na década de 70, começou a ser difundida a vedação de atuação penal do Estado se a conduta não oferecesse lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico¹⁷, demonstrando a inadequação social de intervenção do Direito Penal quando presentes os chamados “crimes de bagatela”¹⁸.

O crime pode ser conceituado a partir da aplicação de pelo menos três critérios distintos: material, legal e analítico, sendo este último o mais utilizado no ordenamento brasileiro. De fato, diante da teoria tripartida do conceito analítico de crime, defendido, entre outros, por Nelson Hungria, o crime tem como elementos caracterizadores: o fato típico – análise de tipicidade –, a ilicitude e a culpabilidade¹⁹. Desta forma, quando um delito é taxado como insignificante surge uma hipótese de exclusão de tipicidade.

A tipicidade penal, elemento necessário para alcance do fato típico é resultado da união de dois conceitos: a tipicidade formal – caracterizada pelo juízo de adequação entre o fato praticado no caso concreto e o tipo descrito na norma penal – e a tipicidade material – lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado. Assim, quando o delito é penalmente insignificante a tipicidade material é aquela que deve ser excluída da equação²⁰.

Insignificante é, de acordo com o disposto no dicionário Caldas Aulete²¹, algo que não tem importância. Desta forma, pela própria definição, é possível notar a difícil compatibilização entre esse conceito e a natureza protetiva das normas em matéria ambiental. De fato, a insignificância só terá lugar após ponderação global da ordem jurídica²².

O primeiro ponto de destaque sobre o tema é a necessidade de traçar padrões mais elevados para aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais, sendo

¹⁶ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 352.

¹⁷ MASSON, Cleber. *Direito Penal*. 11. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.27.

¹⁸ GALVÃO, op.cit., p. 352.

¹⁹ MASSON, op.cit., p. 203.

²⁰ Ibid., p. 28.

²¹ AULETE, Caldas. *Mini dicionário contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004, p. 454.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 21. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.61.

imperativo olhar além do caráter jurídico ou econômico da conduta. Os danos ambientais devem ser analisados a partir de uma dimensão ecológica²³.

É necessário reconhecer o direito ao meio ambiente saudável, ligado ao princípio do mínimo existencial ecológico e responsável por apregoar condições mínimas de preservação dos recursos naturais visando a subsistência de todos os seres vivos do planeta e não somente do homem²⁴. Desta forma, segundo Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer²⁵, há clara superação da premissa de centralidade do homem fixada por ocasião da Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente Humano²⁶(1972).

Desta forma, o parâmetro de aplicação do princípio da insignificância nos casos de crimes ambientais deve passar pela análise não do que é insignificante para o homem, mas sim o que é insignificante para o planeta, considerando toda a cadeia que envolve os diferentes seres vivos existentes. Esse é efetivamente o meio ambiente que se busca compreender e tutelar.

O pensamento acima exposto é bem sintetizado nas palavras de Michael Kloepfer²⁷:

[...] se a reivindicação de direitos (legais) para o meio ambiente ou para os animais (*Rechten für die Umwelt oder die Tiere*) parece estranha, isso ocorre não porque contrarie a ordem constitucional atual, mas precisamente porque a reivindicação não se enquadra na imagem tradicional, essencialmente religiosa, segundo a qual o homem, como coroa da criação, faz do mundo (isto é, da Natureza e dos animais) seu súdito. Tais imagens tradicionais, por sua vez, são mutáveis, mesmo que estejam fortemente ancoradas em visões sociais e tenham encontrado sua expressão legal dessa forma. Antigamente, era impensável atribuir às mulheres, escravos ou 'índigenas' direitos próprios. A Natureza tinha construído uma 'diferença insuperável' (*unüberwindlichen Unterschied*) contra eles - assim a convicção prevalecente naquela época [...]

A necessidade de modificação do paradigma de proteção ambiental, partindo-se para uma verdadeira interpretação biocêntrica do sistema, começa a ecoar na jurisprudência, conforme pode ser observado em trecho do voto proferido pelo ministro Lewandowski no

²³LEAL JUNIOR, Cândido Alfredo Silva. O princípio da insignificância nos crimes ambientais: a insignificância da insignificância atípica nos crimes contra o meio ambiente da lei 9.605/98. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, nº17, p. 1-41, abr. 2007, p.13.

²⁴THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 9. ed., ver., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 117-118.

²⁵SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Do direito constitucional ambiental ao direito constitucional ecológico*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-ago-30/direito-constitucional-ambiental-direito-constitucional-ecologico#author>>. Acesso em: 08 set. 2019.

²⁶DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO. *Universidade de São Paulo – Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 8 set. 2019.

²⁷ KLOEPFER apud SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., nota 25.

juízo de julgamento da ADI 4.983/CE²⁸. Na ocasião, o ministro cita a Carta da Terra, declaração de princípios éticos fundamentais subscrito pelo Brasil, a qual visa: “Reconhecer que todos os seres são interligados, e cada forma de vida tem valor, independentemente de sua utilidade para os seres humanos”.

Neste âmbito, segundo reflexão do filósofo francês Michel Serres, o homem deve compreender que é parte componente do meio ambiente e, como tal, deve almejar uma relação simbiótica com a natureza e não uma relação parasitária, visto que a eliminação do hospedeiro (natureza), significaria também a eliminação do parasita (homem)²⁹.

É importante destacar que a insignificância observada para além do viés antropológico também exige que a verificação dos danos considere não só o local em que o dano efetivamente ocorre. Partindo dessa lógica pode-se chegar a um dos mais importantes princípios aplicados no âmbito da ecologia: “agir localmente, pensar globalmente”. Basicamente, o princípio evidencia que a natureza não poderia ser fracionada, de modo que somente alguns de seus elementos integrantes fossem considerados³⁰.

É preciso pensar o direito ambiental de forma globalizada, visualizando o impacto das políticas públicas e dos danos ambientais sofridos além dos prejuízos locais, a fim de garantir a criação de um verdadeiro Estado Transnacional Ambiental, caracterizado como um Estado colaborativo e solidário, princípios essenciais para a tutela global e eficaz do meio ambiente³¹.

Em um segundo momento, é importante observar que as cadeias de relações ambientais são mais complexas e extensas do que é possível aferir em um exame superficial³². Neste ponto, cabe destacar que muitas das relações entre os seres vivos ainda são desconhecidas pelo homem e o que atualmente parece ser insignificante ou inofensivo, no futuro pode acarretar severos danos ao planeta³³.

O direito ambiental não é insensível a presença de efeitos potencialmente desconhecidos pelo homem, sendo tal fato comprovado pela importância dada ao princípio da precaução no ordenamento jurídico.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.983*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 8 set. 2019.

²⁹ SERRES apud CORREIA, António Miguel Barbosa. *Do parasitismo à simbiose: a responsabilidade ecológica em Michel Serres*. 2012. 104 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia da Educação e Direitos Humanos) – Universidade do Porto, Porto, 2012, p. 2.

³⁰ LEAL JUNIOR, op.cit, p.14.

³¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Pensar globalmente e agir localmente: o Estado Transnacional Ambiental em Ulrich Beck. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, nº27, p.1-14, dez. 2008, p. 9.

³² LEAL JUNIOR, op. cit, p.11.

³³Ibid.

O princípio da precaução não possui previsão constitucional, no entanto pode ser extraído da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ³⁴(ECO/1922), que o traz expressamente como princípio a ser observado:

[...] com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental [...]

No mais, o supramencionado princípio foi satisfatoriamente definido por Frederico Amado³⁵ nos seguintes termos:

[...] ou seja, de acordo com o Princípio da Precaução, se determinado empreendimento puder causar danos ambientais sérios ou irreversíveis, contudo inexistente certeza científica quanto aos efetivos danos e sua extensão, mas há base científica razoável fundada em juízo de probabilidade não remoto da sua potencial ocorrência, o empreendedor deverá ser compelido a adotar medidas de precaução para elidir ou reduzir os riscos ambientais para a população [...]

Desta forma, o princípio da precaução determina que mesmo que haja incerteza científica acerca dos danos ambientais decorrentes de determinada conduta, a dúvida milita em favor da preservação do meio ambiente, caracterizando a expressão máxima do princípio do *in dubio pro natura*.

Percebe-se, portanto, que por sua própria natureza o princípio da precaução aliado com a necessidade de adoção de viés biocêntrico da proteção do meio ambiente, torna incompatível a adoção do princípio da insignificância na quase totalidade de casos que envolvem danos ambientais.

Assim, deve ser verificado que mesmo que inicialmente a intervenção pareça pequena e sem valor é possível que sejam observadas consequências indiretas, que afastam a possibilidade de exclusão da tipicidade material e, por conseguinte, da própria insignificância. Por essa razão, frisa-se a necessidade de atuação com cautela quando o assunto é considerar insignificante uma determinada conduta que gera dano ambiental³⁶.

³⁴DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Ministério do Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Developolvimento.pdf>. Acesso em: 8 set. 2019.

³⁵ AMADO, op.cit., p. 55.

³⁶ LEAL JUNIOR, op.cit., p. 14-15.

3. DOS REQUISITOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Em que pese a necessidade de redefinição do parâmetro de aplicação do princípio da insignificância, privilegiando uma visão verdadeiramente biocêntrica, essa ainda não é a realidade brasileira predominante. Dito isso, é necessário observar os requisitos para aplicação do instituto no ordenamento pátrio, verificando a sua (in) compatibilidade com os preceitos inerentes ao direito ambiental, especialmente sob a ótica de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com o objetivo de delimitar a aplicação do princípio da insignificância nos casos concretos faz-se necessária a utilização de requisitos tanto de cunho subjetivo, que se relacionam com as figuras do agente e da vítima, como de cunho objetivo, que se relacionam com o fato em si³⁷. A aplicação desses requisitos funciona como verdadeira barreira ao uso indiscriminado do instituto, impedindo a impunidade do agente.

Neste âmbito, os requisitos objetivos reforçam a ideia de que a intervenção penal do Estado somente será válida quando em jogo um bem ou valor social relevante, que seja apto a atingir significativamente a ordem social³⁸. Este é justamente o caso das situações que envolvem o direito ambiental, que não podem ser vistas de outra forma, senão como causas provocadoras de significativa desordem social.

Após análise da matéria, o STF estabeleceu que os requisitos objetivos, que devem ser aplicados de forma cumulativa, são os seguintes: (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 provocada³⁹.

O STF ao eleger esses requisitos privilegiou a análise de dois aspectos inerentes ao crime: a conduta e o resultado. De fato, por meio da aplicação desses parâmetros a Corte busca verificar a presença do baixo potencial da conduta, bem como da inexistência de lesão criminal no caso concreto⁴⁰.

Diante do exposto, é imperativo que seja feita breve análise acerca de cada um dos requisitos fixados pelo STF.

³⁷ MASSON, op.cit., p. 29.

³⁸ GALVÃO, op.cit, p. 353.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84412*. Relator(a): Min. Celso De Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+84412%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+84412%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ae955f>> Acesso em: 13 jul. 2019.

⁴⁰ RODRIGUES, Ronald Pinheiro. Princípio da insignificância: um estudo dos requisitos necessários para seu reconhecimento e admissibilidade. In: ENPEJUD, 2, 2017, Maceió. *Decisão judicial: processo decisório e precedentes*. Alagoas: Poder Judiciário, 2017, p. 607.

Iniciando a análise, pode-se dizer que a mínima ofensividade da conduta deve ser conceituada como aquela que não tem potencial de criar risco ao bem jurídico tutelado, estando, portanto, diretamente relacionada com o princípio da ofensividade. Os casos em que o dano for considerado materialmente irrelevante fazem com que a conduta seja insignificante⁴¹.

Por sua vez, a ausência de periculosidade social da ação pode ser traduzida como conduta sobre a qual não há qualquer forma de repúdio ou vedação social⁴².

Já para a aferição do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento no caso concreto é necessária a análise da culpabilidade do agente, ou seja, é necessário que sejam analisadas as circunstâncias e os motivos determinantes para que o agente realizasse tal conduta delituosa⁴³.

Por fim, a inexpressividade da lesão jurídica provocada relaciona-se com a necessidade de que ocorra ínfima lesão no caso concreto para que seja possível a aplicação do princípio da insignificância. A análise desse requisito deve passar não só pelo valor econômico do bem, mas também pelo seu valor sentimental e situação da vítima⁴⁴.

No que pese a exposição dos requisitos objetivos necessários à aplicação do princípio da insignificância, verifica-se que os conceitos são muito próximos entre si e que a Corte nada fez para sanar as possíveis confusões sobre os limites de cada um deles. Esta conjuntura ocasionou uma ampla discricionariedade para o aplicador do direito, o que, por sua vez, culminou em diferentes entendimentos judiciais sobre casos concretos semelhantes⁴⁵.

De fato, não é raro observar julgados divergentes STF ⁴⁶e no STJ ⁴⁷a respeito de situações semelhantes quando o assunto é a aplicação do princípio da insignificância, o que demonstra a necessidade de padronização para aplicação do princípio nos casos concretos.

No mais, destaca-se que os parâmetros que foram fixados pelo STF são utilizados em todos os casos que envolvem a aplicação do princípio da insignificância. Não há, portanto, especialidade em relação aos delitos cometidos na seara ambiental.

⁴¹ CAMARGO, Daniela Aiex do Amaral. *Princípio da insignificância: análise de sua aplicação pela jurisprudência do STF*. 2018. 76f. Trabalho monográfico (graduação em direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 29.

⁴² RODRIGUES, op.cit., p. 5.

⁴³ CAMARGO, op.cit., p.30.

⁴⁴ Ibid., p.35.

⁴⁵ MASSON, op.cit., p. 29.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 158973 AgR*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748544385>>. Acesso em: 21 set. 2019.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp n° 1425396*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95852267&num_registro=201900055596&data=20190520&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 set. 2019.

A análise desses requisitos por si só se mostra insuficiente para aplicação do princípio da insignificância na seara ambiental. Isto porque os delitos ambientais devem ser encarados como verdadeiros delitos de acumulação.

Os delitos de acumulação são caracterizados como aqueles que devem ser analisados conjuntamente, tendo em vista que a análise individual da conduta não seria suficiente para que fosse aplicada a sanção penal⁴⁸. Como bem esclarece Carlos Fernando da Cunha Costa⁴⁹:

[...] surge então o raciocínio que nos traz aos crimes de acumulação, os quais levam em conta que, uma determinada conduta, mesmo que, por si só, não tenha como colocar em perigo o equilíbrio dos sistemas naturais, caso venha também a ser realizada por outros sujeitos, poderá levar a um somatório de resíduos que certamente acabarão por lesionar o bem jurídico tutelado [...]

Ao analisar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no caso concreto não basta que sejam verificados os requisitos estipulados pela jurisprudência nacional para que haja a exclusão da tipicidade material. Faz-se necessária a observância da conduta no contexto de responsabilidade social, levando em conta a possibilidade de reprodução da conduta delituosa pelos demais indivíduos que se encontram em situação idêntica.

Ante ao exposto, percebe-se que os parâmetros fixados pelo STF para aplicação do princípio da insignificância desconsideram as particularidades inerentes aos crimes ambientais, dentre elas a natureza de delitos de acumulação comuns a espécie, e acabam por gerar decisões conflitantes nos mais altos tribunais no país, situação que contribui sobremaneira para insegurança jurídica acerca do tema em âmbito nacional.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problema central, a impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais.

Inicialmente, verificou-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, apesar de não ter sido previsto no corpo do art. 5º da CRFB/88, ostenta o caráter de direito fundamental de terceira dimensão e, como tal, compartilha das mesmas características que são comuns aos direitos dessa estatura. Conclui-se, portanto, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não pode ser considerado como absoluto, sendo

⁴⁸ CAMPOS, Luciana. Aplicação do “princípio da insignificância” nos crimes contra a fauna. *Direito & Justiça*, Rio Grande do Sul, v. 40, nº 2, p. 159-165, jul./dez. 2014, p. 161.

⁴⁹ COSTA apud Ibid., p. 162.

imperativo a observância das restrições e limitações que são inerentes aos direitos fundamentais.

Embora não deva ser visto de forma absoluta, o presente trabalho observou que a aplicação do princípio da insignificância aos casos que envolvem crimes ambientais não é a ferramenta adequada para realização dessa limitação.

Os argumentos centrais utilizados por esta pesquisa partem da constatação de que o princípio da insignificância atua em casos em que a conduta do indivíduo não realiza lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico, o que demonstra a incompatibilidade do instituto com os crimes ambientais. Quando a questão envolve a proteção ao meio ambiente é importante que a análise do impacto sofrido seja realizada a partir de uma ótica biocêntrica. Parte-se de uma análise não do que é insignificante para o homem, mas sim do que é insignificante para o planeta.

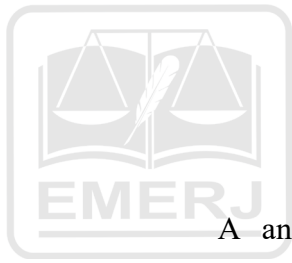
O abandono de uma visão puramente antropocêntrica do meio ambiente passa também pela necessidade de considerar os danos ambientais de forma global, de maneira que não só o local em que o dano efetivamente ocorre sofrerá os efeitos da conduta. Com isso, busca-se a criação de um Estado Transnacional Ambiental, em que as fronteiras não podem ser vistas como limitadoras para consideração dos efeitos que determinada conduta terá sobre o meio ambiente, tendo em vista a complexidade das relações entre os seres vivos.

É importante destacar que o meio ambiente faz parte de um todo integrado, em que o impacto ambiental sofrido por um ecossistema tem reflexos, mesmo que indiretos, nas relações entre os seres vivos integrantes de outro ecossistema, que aparentemente seria independente. Desta forma, é evidente o equívoco realizado na análise estática dos danos ambientais ocasionados pela conduta humana.

No que tange aos critérios para aplicação do princípio da insignificância na seara ambiental, apurou-se que os critérios objetivos adotados pelo STF não são satisfatórios.

Inicialmente, constatou-se a proximidade entre os diferentes critérios objetivos, situação que confere ampla discricionariedade ao aplicador do direito e culmina com a existência de diferentes decisões judiciais sobre casos concretos semelhantes, o que evidencia a insegurança jurídica que paira sobre o tema no ordenamento jurídico nacional.

No mais, verificou-se para fins de apuração de um delito ambiental a análise do princípio da insignificância deve considerar muito mais do que a conduta individual do agente. É importante refletir que mesmo uma conduta classificada como insignificante, se praticada por um número considerável de indivíduos, tem o potencial de produzir danos relevantes ao meio ambiente.



A análise dos crimes ambientais como verdadeiros delitos de acumulação é importante para a compreensão da natureza *sui generis* desses delitos, que não podem utilizar os mesmos critérios aplicados para os crimes em geral.

Ante ao exposto, conclui-se que atualmente o princípio da insignificância é aplicado aos delitos ambientais, a partir da utilização, pelo STF, dos critérios objetivos adotados para todas as espécies delituosas. Contudo, conforme se demonstrou no presente trabalho, essa aplicação não considera peculiaridades inerentes aos delitos ambientais, tais como a necessidade de considerar os danos sofridos numa visão global. Portanto, diante da necessidade de abandono do ponto de vista antropocêntrico, a pesquisa demonstrou a incompatibilidade do princípio da insignificância com os delitos ambientais.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Direito ambiental sinopses para concursos*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

AULETE, Caldas. *Mini dicionário contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 21. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.540 MC*. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3540%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3540%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bohvpval>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.066*. Relator(a): Min. ROSA WEBER. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DIREITOS+FUNDAMENTAIS+MEIO+AMBIENTE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxlg44fl>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.983*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 8 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.412*. Relator(a): Min. Celso De Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+84412%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+84>>

412%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aeY955f> Acesso em 13 de julho de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 143.206*. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ESCU DO+PROTETIVO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2oh8ppc>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 158.973 AgR*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748544385>>. Acesso em: 21 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 1.425.396*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95852267&num_registro=201900055596&data=20190520&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 set. 2019.

CAMARGO, Daniela Aiex do Amaral. *Princípio da insignificância: análise de sua aplicação pela jurisprudência do STF*. 2018. 76f. Trabalho monográfico (graduação em direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

CAMPOS, Luciana. Aplicação do “princípio da insignificância” nos crimes contra a fauna. *Direito & Justiça*, Rio Grande do Sul, v. 40, nº 2, p. 159-165, jul./dez. 2014.

CORREIA, António Miguel Barbosa. *Do parasitismo à simbiose: a responsabilidade ecológica em Michel Serres*. 2012. 104 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia da Educação e Direitos Humanos) – Universidade do Porto, Porto, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Pensar globalmente e agir localmente: o Estado Transnacional Ambiental em Ulrich Beck. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, nº27, p.1-14, dez. 2008.

DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO. *Universidade de São Paulo – Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 8 set. 2019.

_____. *Ministério do Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 8 set. 2019.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. 8. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

LEAL JUNIOR, Cândido Alfredo Silva. O princípio da insignificância nos crimes ambientais: a insignificância da insignificância atípica nos crimes contra o meio ambiente da lei 9.605/98. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, nº17, p. 1-41, abr. 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*. v. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

RODRIGUES, Ronald Pinheiro. Princípio da insignificância: um estudo dos requisitos necessários para seu reconhecimento e admissibilidade. In: ENPEJUD, 2, 2017, Maceió. *Decisão judicial: processo decisório e precedentes*. Alagoas: Poder Judiciário, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Do direito constitucional ambiental ao direito constitucional ecológico*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-ago-30/direito-constitucional-ambiental-direito-constitucional-ecologico#author>>. Acesso em: 08 set. 2019.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. 2000. 232 f. Dissertação (mestrado em direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 9. ed., ver., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

APLICAÇÃO DO CDC EM RELAÇÕES DE CONSUMO INTERMEDIÁRIO

Juliana de Mattos Braga

Graduada pela Universidade Moacyr Sreder Bastos. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela UFF. Advogada. Juíza Leiga. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Resumo – O presente estudo objetiva analisar a relação de consumo intermediário como uma forma de introduzir esse tipo de consumidor no anseio da normatização e proteção no Código de Defesa do Consumidor. Foram abordadas as diversas teorias que buscam explicitar o conceito de consumidor, a preocupação com o problema na atualidade já que existem muitos trabalhos informais, fazendo um exame crítico das principais teorias e posicionamento dos doutrinadores e jurisprudência, tecendo considerações e apontando soluções até a concretização jurisdicional pelo Superior Tribunal de Justiça. Foi visto como o poder econômico passou e deve ser exercido segundo uma função social, de serviço à coletividade.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Comerciante informal. Consumidor intermediário.

Sumário – Introdução. 1. O consumidor intermediário: conceito e considerações. 2. Aplicação do direito do consumidor em relações de consumo intermediário. 3. Análise jurisprudencial da Teoria Finalista Mitigada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo, ou seja, quando o consumidor faz parte da cadeia de produção ao adquirir bens ou serviços para insumo. Procura-se demonstrar o conceito de consumidor como destinatário final vem se flexibilizando segundo os tribunais que buscam dar uma conceito mais amplo para equilibrar as relações de consumo não colocando aquele a posição do consumidor em desvantagem perante o fornecedor.

Para tanto, aborda-se as divergências doutrinárias e jurisprudenciais e os aspectos positivos e negativos da interpretação das características da hipossuficiência e vulnerabilidade quando o consumidor não é o destinatário final da cadeia de produção repassando o produto ou revendendo o serviço muitas vezes como uma atividade comercial para sustento próprio, fato este que vem crescendo cada vez mais na nossa sociedade.

O tema não é totalmente pacífico ainda tendo divergências na prática e na interpretação dos juízes pois é cada vez mais difícil saber quando esta presente a vulnerabilidade e hipossuficiência daquele que compra ou adquire para revenda. Assim, para



melhor compreensão do tema, será abordado as características das Teorias que surgem na doutrina e que flexibilizam o conceito de consumidor e como a jurisprudência atualmente trata da questão.

No primeiro capítulo, será exposto o conceito de consumidor que está presente no Código de Defesa do Consumidor e sua mitigação ao chegar ao conceito de consumidor intermediário que é como parte da doutrina e jurisprudência vêm aplicando em cada caso concreto. Será também abordada algumas considerações iniciais sobre o tema para proporcionar ao leitor uma análise crítica e reflexiva da controvérsia.

No segundo capítulo será abordado a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo intermediário demonstrando o conceito literal e teleológico da vulnerabilidade e hipossuficiência, que são as características principais do consumidor no CDC. Será abordado como está surgindo diversos importantes entendimentos jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema com o objetivo primordial de equilibrar a relação de consumo e dar transparência como um meio de flexibilização e dinâmica, tudo a partir da análise no caso concreto e a problemática da aplicação do CDC na cadeia de consumo intermediária.

No terceiro e último capítulo será apresentado as novas tendências no conceito de consumidor intermediário e o surgimento e aplicação da Teoria Finalista Mitigada que surgiu na doutrina para mitigar o conceito de consumidor e que atualmente é muito adotada para dirimir controvérsias no âmbito Judiciário. Como será visto, sua aplicação contribuirá e muito para que de fato o consumidor na cadeia produtiva não seja prejudicado em na relação de consumo. Nesse capítulo final serão abordados os problemas que surgem ao aplicar referida teoria e as novas tendências que estão permitindo que esta seja um avanço muito importante já que atualmente surgem muitos vendedores informais. Serão abordados também os meios que seriam as possíveis soluções para aplicação dessa Teoria apresentando a importância, por exemplo, da sua aplicação pacificada no Judiciário já que muitas vezes o consumidor intermediário não é visto como consumidor do CDC e fica prejudicado no aspecto econômico já que adquire produto\serviço como sua atividade profissional informal.

O projeto será tratado qualitativamente pelo levantamento bibliográfico, com a efetivação do estudo através de fontes escritas buscando seus fundamentos em livros, revistas, palestras, estudos publicados, a legislação e outros acontecimentos importantes que relevem o tema.

Busca-se também pelo método hipotético-dedutivo trazer uma análise crítica do tema com base na posição de todos que já se manifestaram sobre este nos espaços virtuais, bem como os entendimentos jurisprudenciais, procurando indicar a forma de sua aplicabilidade nas

demandas em andamento, para sustentar a sua tese.

1. O CONSUMIDOR NO CDC E O CONSUMIDOR INTERMEDIÁRIO: CONCEITO E CONSIDERAÇÕES

No Brasil, sempre houve a preocupação de proteção a parte mais vulnerável na relação consumerista, sendo esta como sendo norteador dos conflitos entre consumidores e fornecedores. Isso explica a necessidade de amparar o consumidor que é a parte mais fraca com a criação de leis próprias, pois as relações de consumo são muito desiguais entre fornecedores ou detentores e os consumidores. Pode-se afirmar que a proteção jurídica do consumidor é um acontecimento bastante recente, se comparada à existência das relações de consumo. Isto porque as relações de consumo possuem natureza comercial e, por esse motivo, sua origem confunde-se com o surgimento da própria prática de comércio. E assim, por ter essa natureza, deve-se levar em consideração a vulnerabilidade de quem compra ou adquire produto para evitar desequilíbrio contratual.

Segundo Alvin¹:

A vulnerabilidade do consumidor é incindível no contexto das relações de consumo e independentemente do seu grau de cultura ou econômico, não admitindo prova ao contrário, por não se tratar de mera presunção legal. É a vulnerabilidade, qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica quer se trate de consumidor pessoa física ou consumidor pessoa jurídica.

O conceito de consumidor está no artigo 2^o do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Ou seja, a concentração fundamental do conceito repousa sobre a finalidade da aquisição ou da utilização: a destinação final. Assim, segundo o artigo supra mencionado, só existe um consumidor quando do outro lado da efetiva ou potencial relação houver um fornecedor e como objeto existir um produto ou a prestação de um serviço.

Sendo assim, são três elementos que compõem o conceito de consumidor segundo a redação supracitada. O primeiro deles é o subjetivo (pessoa física ou jurídica), o segundo é o objetivo (aquisição ou utilização de produtos ou serviços) e o terceiro e último é o teleológico (a finalidade pretendida com a aquisição de produto ou serviço) caracterizado pela expressão

¹ ALVIN, Arruda. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.35.

²BRASIL. *Lei 8078. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 de setembro de 1990, p.3.



“destinatário final”.

De acordo com o *caput* do artigo 2º do CDC, a única característica restritiva para se alcançar o conceito de consumidor seria a aquisição ou utilização do bem como destinatário final.

Como o texto legal não responde o que significa destinatário final, a solução é buscar o auxílio da doutrina, para, assim, definir o conceito de consumidor, que assim surge as diversas teorias doutrinárias que serão estudadas no capítulo três do presente artigo. Contudo, pode-ser asseverar que o conceito jurídico de consumidor deve ser buscado sob o ponto de vista subjetivo, vale dizer, tendo como referência as qualidades do sujeito ativo da relação de consumo, e não propriamente o ato de consumo assim economicamente considerado.

Porém, com o avanço do mercado de trabalho e a escassez de emprego para todos, as pessoas buscam atualmente adquirir um produto ou serviço para revendê-las, surgindo assim, o consumidor informal intermediário que também precisa de aplicação do Código de Defesa do Consumidor já que muitas vezes nesse tipo de consumo a pessoa é vulnerável e hipossuficiente perante o fornecedor. Destaca-se que não existe um método preciso na legislação, na doutrina e nem na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre isso. Há uma divergência muito grande dentre os doutrinadores e na jurisprudência quando a pessoa jurídica ou física faz o “consumo intermediário”, ou seja, esta na cadeia de consumo para insumo da atividade comercial, que é uma nova tendência na jurisprudência pátria.

Como bem assevera João Batista de Almeida³ define quando a pessoa seja física ou jurídica passa a ser o “consumidor intermediário”:

Pessoa física como destinatário final, é quando, para uso próprio, privado, individual, familiar ou doméstico, e até para terceiros, desde que o repasse não se dê por revenda. Não se incluiu na definição legal, portanto, o intermediário, e aquele que compra com o objetivo de revender após montagem, beneficiamento ou industrialização. A operação de consumo deve encerrar-se no consumidor, que utiliza ou permite que seja utilizado o bem ou serviço adquirido, sem revenda. Ocorrida esta, consumidor será o adquirente da fase seguinte, já que o consumo não teve, até então, destinação final. Existe a possibilidade de concentrarem-se numa mesma pessoa ambas as figuras, quando há em parte consumo intermediário e consumo final.

Pela definição legal de consumidor, basta que ele seja o “destinatário final” dos produtos ou serviços (CDC art. 2º)⁴, incluindo aí não apenas aquilo que é adquirido ou utilizado para o uso pessoal, familiar ou doméstico, mas também o que é adquirido para o

³ ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.. 38 e 40.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

desempenho de atividade ou profissão, bastando, para tanto, que não haja a finalidade de revenda. O advogado que adquire livros jurídicos para bem desempenhar sua profissão é, sem dúvida, destinatário final dessa aquisição, e, como tal, consumidor segundo a definição legal. Não há razão plausível para que se distinga o uso privado do profissional; mais importante, no caso, é a ausência de finalidade de intermediação ou revenda.

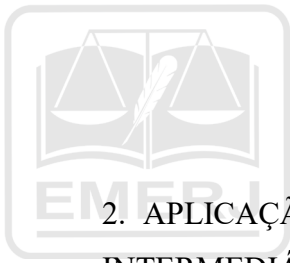
Na posição contrária ressalta Luiz Gastão Paes de Barros Leães⁵ que leciona que:

Ocorre que, ao lado desse conceito de consumo – consumo final – fala-se também em consumo intermediário, no sentido de utilização dos bens e serviços, por parte das empresas, necessários ao processo de produção industrial. Ou seja, como insumos. Aqui, a par de seu lado positivo, o consumo do bem igualmente revelaria a sua vertente negativa, importando também em sua destruição, já que ele se transforma e se incorpora ao processo produtivo. A rigor, porém, não falar aqui em consumo, no seu sentido técnico. Consumo é o uso imediato e final de bens e serviços, para satisfazer as necessidades de seres humanos livres. Consumo não significa uso de um bem, a menos que seja usado como consumidor final.

Assim sendo, haveria uma conceituação ampla pois incluir-se-ia entre o rol de consumidores todos aqueles que adquirissem bens ou serviços e não apenas aqueles que comprassem para uso próprio- independente de qualquer vínculo contratual oneroso. Ou seja, a finalidade lucrativa não as diferenciaria dos demais consumidores, mantendo assim o requisito da fragilidade que deve ser ínsito ao sujeito ativo da relação de consumo independente da destinação final do serviço ou produto adquirido.

Dessa forma, pode-se afirmar que muitas das vezes o consumidor intermediário é tão vulnerável e hipossuficiente quanto àquele conceituado no artigo 2º do CDC como destinatário final do produto. Deve-se analisar a situação deste na cadeia de consumo e assim aplicar o CDC para salva guardar seus direitos, pois apesar de não serem destinatários finais, estão em desproporcionalidade na relação, sendo este pessoa jurídica ou pessoa física. Como será visto nos capítulos posteriores diversas Teorias surgiram para tentar flexibilizar o tema e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já vêm aplicando o CDC nas relações de consumo intermediário flexibilizando assim o conceito de consumidor na cadeia produtiva o que é de extrema importância para o mundo jurídico.

⁵ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.. 32 e 34.



2. APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR EM RELAÇÕES DE CONSUMO INTERMEDIÁRIO

Muito vêm se discutindo já que cada vez aumenta o número de demandas sobre o consumo intermediário, que é aquele que o consumidor não se enquadra no conceito previsto no artigo 2º do CDC ⁶o qual preceitua que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Nesse sentido, verifica-se que os três elementos que compõem o conceito de consumidor são: o elemento subjetivo (pessoa física ou jurídica), o segundo é o objetivo (aquisição ou utilização de produtos ou serviços) e o terceiro e último é o teleológico (a finalidade pretendida com a aquisição do produto ou serviço) caracterizado pela expressão “destinatário final”.

De acordo com o *caput* do artigo 2º do CDC, a única característica restritiva para se alcançar o conceito de consumidor seria a aquisição ou utilização do bem como destinatário final. Dessa forma, sendo o produto utilizado como matéria prima ou serviço utilizado como parte do processo produtivo, a pessoa jurídica ou micro empreendedor ou qualquer pessoa que compra para revender ou para insumo próprio, não seria considerada consumidora. Mas caso o produto ou o serviço não fossem insumos, ela poderia ser considerada consumidora. Isto porque há uma presunção de que quem adquire para revenda conhece bem o produto ou serviço que está adquirindo, não havendo desequilíbrio na relação contratual.

Outrossim, cada vez mais se observa o aumento do número de demandas daqueles pequenos comércios ou comerciantes ou até mesmo pessoas que adquirem seu próprio negócio mas são vulneráveis perante o fornecedor. Pode-se citar como exemplo a costureira que compra uma máquina de costurar e esta apresenta defeito, o entregador de pizza que adquire maquininhas de cartão de crédito para venda do seu produto e a máquina não é entregue; a vendedora\ consultora de revistas que adquirem o produto para terceiros e estes demoram a chegar na sua residência. Todos esses exemplos são casos do que a jurisprudência e doutrina majoritária vêm admitindo como consumidores, os consumidores intermediários.

Isto porque deve ser considerado a vulnerabilidade dessas pessoas consumidoras, não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas a técnica, jurídica ou científica e a fática ou socioeconômica.

Alvin⁷ conceitua esses três tipos de vulnerabilidade para maior compreensão:

⁶ BRASIL. *Lei nº 8.078 de 1990*, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 set. 1990, p. 4.

⁷ ALVIN, op cit., p.35.

A vulnerabilidade técnica seria aquela na qual o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou o serviço, podendo, portanto mais facilmente iludido no momento da contratação. Já a jurídica seria a própria falta de conhecimentos jurídicos, ou de outros pertinentes à relação, como contabilidade, matemática financeira e economia. A fática é a vulnerabilidade real diante do parceiro contratual, seja em decorrência do grande poderio econômico deste último, seja pela sua posição de monopólio, ou em razão da essencialidade do serviço que presta, impondo, numa relação contratual, uma posição de superioridade.

Pode-se assim dizer que consiste a vulnerabilidade do consumidor a espinha dorsal de toda a atuação protetiva ou protecionista e equilibradora do Estado (no âmbito legislativo, administrativo e judicial), reconhecido expressamente no artigo 4º, I, Lei n.8078\ 90⁸ como um dos princípios da Política Nacional de Relações de Consumo, que se irradia por todo o sistema, deste entendimento não divergem Arnaldo Rizado⁹ e Daniel Sarmiento¹⁰, que ao comentarem a legislação consumerista codificada afirmam: “A proteção ao consumidor é um desafio de nossa era e representa, em todo o mundo, um dos temas mais atuais do direito. A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefício para os seus atores”, ou seja, para quem compra ou quem revende produtos ou contrata serviços.

Aquele *motoboy* que comprou uma maquininha de cartão de crédito para passar as compras para seus clientes não podem deixar de ser considerado consumidor, apenas por usar o produto para incrementar seu trabalho. Há sem dúvidas, a presença forte da vulnerabilidade e hipossuficiência perante aquele que vendeu e deixar de aplicar o CDC nesses casos seria deixar de possibilitar o alcance dos objetivos da República Federativa do Brasil, entre as quais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a redução das desigualdades sociais, qualquer conduta estatal em sentido contrário não pode prevalecer no ordenamento jurídico, pois seriam inconstitucionais por protegerem a parte economicamente mais forte, em total subversão dos valores constitucionais.

Como bem assevera João Batista de Almeida¹¹:

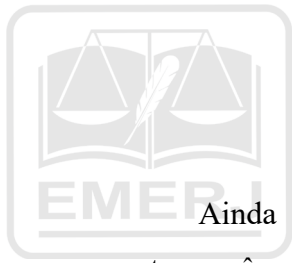
É com os olhos postos nesta vulnerabilidade do consumidor que se funda a nova disciplina jurídica. Que enorme tarefa quando se sabe que esta fragilidade é multifária, decorrendo ora da atuação dos monopólios e oligopólios, ora da carência de informação sobre qualidade, preço, crédito e outras características dos produtos e serviços. Não bastasse tal, o consumidor ainda é cercado por uma publicidade crescente, não estando, ademais, tão organizado quanto os fornecedores.

⁸ BRASIL. op cit., nota 6.

⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *O Código de Defesa do Consumidor nos contratos de seguro-saúde e previdência privada*. 3.ed. São Paulo: Ajuris, p.69.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.58 e 59.

¹¹ ALMEIDA, op. cit., p.32 e 40.



Ainda assim, diante desse contexto fático, assevera-se que apesar da doutrina contemporânea como as supracitadas, assim passaram a proteger o consumidor intermediário, há ainda aqueles que enfrentam as problemáticas do assunto, pois para eles, como saber se aquele consumidor é ou não intermediário. Para alguns autores, não tem como aplicar o CDC nesse tipo de relação de consumo, pois muito difícil seria para o aplicador do Direito, definir se quem está comprando por exemplo, é hipossuficiente e vulnerável perante o fornecedor.

Invocando tal posição, Cláudia Lima Marques ¹² assinalou que a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma. E acrescenta:

Todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontre em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais.

Assim, vale dizer, não obstante o aparente conflito entre os princípios, a questão deve ser solucionada a partir da ponderação entre os diversos valores que os informam, levando-se em conta que a defesa do consumidor é considerada direito fundamental (artigo 5,XXXII, da CF), que deve ser observado pelos detentores do poder econômico e preservado inclusive pelo Poder Constituinte derivado reformador (artigo 60, parágrafo quarto,IV, CF)¹³.

Apesar da divergência de posicionamentos, sendo a majoritária a aplicação do CDC ao consumidor intermediário, jurisprudência já admite e se adéqua a primeira posição, o que vem sendo aplicado e muito no âmbito do Judiciário para facilitar a defesa desses consumidores, conforme confirma a jurisprudência:

EMENTA:APELAÇÃO CÍVEL- AÇÃO DE INDENIZAÇÃO- CONSUMIDOR INTERMEDIÁRIO-VULNERABILIDADE-CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR-APLICABILIDADE-MITIGAÇÃO DA TEORIA FINALISTA.Apesar de a doutrina majoritária consagrar o conceito finalista, reconhece a necessidade de sua mitigação para permitir a aplicação da legislação consumerista a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada a sua vulnerabilidade, sendo reconhecida a figura do consumidor intermediário, entendido como tal aquele que adquire o produto ou o serviço para utilizá-lo em sua atividade profissional,e,em tal condição, sendo passível de ser beneficiado com a aplicação do CDC, quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, frente a outra parte.¹⁴

¹² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.56.

¹³ BRASIL. *Constituição Federal*, de 15 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 nov. 2013, p. 45.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação cível nº1.0024.09.727646-3/001*. Relator:José de Carvalho Barbosa. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/569375148/apelacao-civel-ac-10024097276463001-mg/inteiro-teor-569375183?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

Como se pode inferir, todo o sistema de proteção ao consumidor se funda no reconhecimento da situação fática de sua vulnerabilidade perante o fornecedor de produto e serviços, impondo a atuação protetiva do Estado, que em verdade tem função equilibradora. Este inclusive é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça como será visto no capítulo seguinte.

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA TEORIA FINALISTA MITIGADA

De acordo com o *caput* do artigo 2º CDC¹⁵, a única característica restritiva para se alcançar o conceito de consumidor seria a aquisição ou utilização do bem como destinatário final.

A lei não apresentou o conceito de destinatário final, o que fez surgir na doutrina brasileira consumerista duas correntes sobre o tema: finalista e maximalista.

A doutrina finalista ou subjetiva, parte do conceito econômico de consumidor, ou seja, somente o consumidor que adquire para si ou contrata o serviço para benefício próprio é que merece a especial tutela. Assim, o profissional não seria considerado consumidor.

Para a doutrina finalista, leciona Cláudia Lima Marques¹⁶:

O destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para o uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso não haveria a exigida destinação final do produto ou serviço.

Assim sendo, no sentido amplo, para essa teoria, consumidor designa a pessoa que consome uma coisa e ainda aquele que adquire mercadoria de um comerciante, para seu uso ou consumo, sem intenção de revendê-la. Para a satisfação de necessidades ligadas à sua sobrevivência – biológica, psicológica ou social-, o consumidor adquire ou se utiliza de bens(produtos , na linguagem) ou serviços que, em maior ou menor prazo, acabam sendo destruídos pelo ato de consumo. Para Carlos Alberto Bittar o consumidor pode ser tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, e bem assim a coletividade de pessoas ainda que indetermináveis, tendo em vista a clareza do artigo 2º do CDC acima mencionado.

¹⁵ BRASIL. op. cit., nota 3.

¹⁶ MARQUES. op. cit. p.3.



O Superior Tribunal de Justiça vinha adotando também esse entendimento:

Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade comercial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicável no caso do Código de Defesa do Consumidor (STJ, Resp. 218505/MG, DJ 14/02/2000, Rel. Min. Barros Monteiro, j.16.09.1999)¹⁷.

Dessa forma, sendo o produto utilizado como matéria prima ou o serviço utilizado como parte do processo produtivo, a pessoa jurídica não seria considerada consumidora. Mas, caso o produto ou o serviço não fossem insumos, ela poderia ser considerada consumidora.

Já para a corrente maximalista (ou objetiva), leva em conta o conceito jurídico de consumidor, sendo amplo o CDC, abrangendo maior numero de relações, pelas quais as normas inseridas nesse diploma devem regular a sociedade de consumo como um todo.

Para essa corrente, destinatário final seria somente o destinatário fático, pouco importando a destinação econômica que lhe deva sofrer o bem.

Para Cláudia Lima Marques,¹⁸ os maximalistas “vêm nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional”. O CDC seria um código geral sobre consumo, um código para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores ora de consumidores. Essa teria não considera consumidor somente quem adquire o bem ou serviço para uso próprio ou da família, mas sim , aquele que retira do mercado e utiliza, pouco importando a destinação, podendo até mesmo ter intenção de lucro.

Assim é como o Superior Tribunal de Justiça trata do tema¹⁹:

A expressão “ destinatário final”, constante da parte final do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento.

Percebe-se portanto, que são dois os posicionamentos acerca do conceito de consumidor: um mais restrito-doutrina finalista- e outro mais amplo- doutrina maximalista.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça atualmente passou a considerar consumidor como a parte mais vulnerável da relação contratual, seja ele pessoa jurídica ou física, e vem

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp.nº 218505*. Relator: Ministro Barros Monteiro. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc%2ENUME%2E+OU+hc%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 set. 2019.

¹⁸ MARQUES. op. cit., p.67.

¹⁹ BRASIL. op. cit., nota 17.

adotando a Teoria Finalista Mitigada, considerando consumidor aquela parte mais fraca na relação de compra ou aquisição de bem, seja a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, conforme já apreciado no primeiro capítulo do presente artigo.

A jurisprudência do STJ, ao mesmo tempo que consagra o conceito finalista, reconhece a necessidade de mitigação do critério para atender situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto. Isso ocorre todavia, porque a relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica no pólo, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.

Recentemente, a Segunda Seção do STJ superou discussão acerca do alcance da expressão “destinatário final”, constante do art. 2º do CDC, consolidando a teoria subjetiva (ou finalista) como aquela que indica a melhor diretriz para a interpretação do conceito de consumidor.

Segundo a corrente majoritária e assim, a teoria dominante, a aludida expressão deve ser interpretada restritivamente. Com isso, o conceito de consumidor deve ser subjetivo, e entendido como tal aquele que ocupa um nicho específico da estrutura de mercado - o de ultimar a atividade econômica com a retirada de circulação (econômica) do bem ou serviço, a fim de consumi-lo, de forma a suprir uma necessidade ou satisfação eminentemente pessoal.

Para se caracterizar o consumidor, portanto, não basta ser, o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço: deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.

Nesse prisma, a expressão “destinatário final” não compreenderia a pessoa jurídica empresária.

Por outro lado, a jurisprudência atual do STJ, ao mesmo tempo que consagra o conceito finalista, reconhece a necessidade de mitigação do critério para atender situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto. Isso ocorre, todavia, porque a relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado - consumidor-, e de um fornecedor, de outro. Porque é essência do Código o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio-motor da política nacional das relações de consumo. Assim é como o STJ vem se posicionando sobre o tema:

Em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extrema necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores.” (Resp.476424/ SC- Min. Nancy Andriighi, publicado em 09.05.05).²⁰

Assim, restringindo-se o campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos onde o consumidor era realmente a parte mais fraca na relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais- consumidores reclamam mais benesse do que o Direito Comercial já lhes concede.

Desta forma pode-se concluir que o critério distintivo entre a relação de consumo e a relação de intermediação comercial seria a indispensabilidade do produto para o processo produtivo. Esta posição defendida pelo STJ bem como doutrinadores como Fábio Ulhoa Coelho²¹ pode ser considerada como a mais coerente com uma interpretação sistemática do Código.

Quando a atividade econômica puder ser desenvolvida sem alterações quantitativas ou qualitativas em seus resultados, apesar da falta de determinado bem ou serviço, a sua aquisição será juridicamente, consumo, e o empresário estará tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou apresentar de forma didática a temática da proteção do consumidor intermediário nas relações de consumo e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nesses tipos de relações. Com efeito, não se olvida que com o atual posicionamento do Superior de Tribunal de Justiça ao entender que aquele que compra para insumo também é consumidor, há a aplicação da razoabilidade interna da norma já que diz respeito a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins.

A grande maioria da população atualmente encontra-se em situação de desemprego e buscam o trabalho informal como um meio de sustento. Assim, adquirem produtos e contratam serviços para seu insumo profissional mas muita das vezes, por serem vulneráveis e

²⁰ BRASIL. op. cit., nota 17.

²¹ COELHO. Fábio Ulhoa. *O empresário e o Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 24.

hipossuficientes perante o fornecedor, acabam por se prejudicar tanto financeiramente como materialmente. Antes, como foi apresentado, a concentração fundamental do conceito de consumidor repousava sobre a finalidade da aquisição ou da utilização: a destinação final. Agora, com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, deve-se de levar em consideração a vulnerabilidade daquele que compra e não se é para seu uso próprio ou para sua família.

No decorrer de todo o trabalho foram apresentadas as divergências do tema já que o tema é polêmico por resistência das empresas fornecedoras que insistem em argumentar que há o equilíbrio contratual de quem adquire para revenda. Mas como foi visto, o consumidor intermediário também necessita de tutela especial. Ao reconhecer que esse tipo de consumidor quando adquire bens e serviços fora de sua especialidade e conhecimento técnico, o faz em condições de fragilidade assemelhadas às do consumidor individual ou familiar, não implica que aquele se confunde com este. Assim é a atividade de transformação, que é própria do consumidor intermediário.

Assim sendo, pode-se concluir que o STJ ao admitir a aplicação do CDC as relações de consumo intermediário, demonstrou muito bem o exame detalhado e profundo da vulnerabilidade pois reconheceu a vulnerabilidade inclusive da pessoa jurídica empresária, em face da suprema necessidade do bem para o exercício da atividade profissional. Houve o reconhecimento de outro tipo de vulnerabilidade: a informacional, destacando a necessidade de informação na sociedade atual. Assim, de modo a compensar este desequilíbrio, deve o fornecedor procurar dar o máximo de informações ao consumidor sobre a relação contratual bem como os produtos e serviços a serem adquiridos, equilibrando assim a cadeia produtiva.

Por fim, destaca-se que a vulnerabilidade seria o marco central para que se aplique o CDC as relações de consumo intermediário, que visaram, principalmente, fortalecer a parte que se encontra em inferioridade, restabelecendo assim o equilíbrio contratual, o que poderá ser averiguado no caso concreto pelo juiz, fazendo com que, mesmo aquele que não preenchesse os requisitos de destinatário final econômico do produto ou serviço possa ser abrangido pela tutela do Código.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção Jurídica do Consumidor*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38 e 40.

ALVIN, Arruda. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BRASIL. *Lei nº 8.078 de 1990*, de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 set. 1990, p. 3.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp.nº 218505*. Relator: Ministro Barros Monteiro. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc%2E%2E+OU+hc%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp.nº 218505*. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc%2E%2E+OU+hc%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 set. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e o Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

A DICOTOMIA RELACIONADA À (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO PARA RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Juliano Vitório Bernardo do Nascimento

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – a imprescritibilidade da ação para ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa atua como um instrumento de combate à corrupção no sistema. Com o passar do tempo, o entendimento pretoriano consolidou-se no sentido de adotar uma interpretação sistemática do comando constitucional, no que diz respeito à perpetuação da recomposição do erário, por meio da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado. Dessarte, o escopo da presente pesquisa é compactuar o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, acerca da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, com a Carta Magna e, por conseguinte, demonstrar seu alinhamento com o princípio da segurança jurídica e sua restrição à determinados atos do agente ímprobo.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Improbidade Administrativa. Prescrição. Erário.

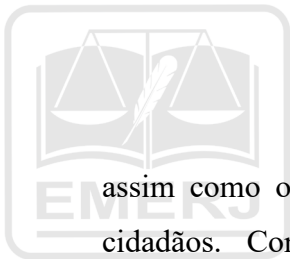
Sumário – Introdução. 1. A controversa hermenêutica adotada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à tese prescricional da ação de ressarcimento ao erário, sob uma perspectiva sistêmica. 2. A imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado e o possível vilipêndio à segurança jurídica enquanto axioma do ordenamento pátrio. 3. É extensível a imprescritibilidade a qualquer ato antijurídico ou está restrita às situações de ato doloso que cause dano ao erário? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa científica em epígrafe aborda a constitucionalidade da interpretação dada, pelo entendimento pretoriano, acerca da imprescritibilidade da ação de ressarcimento por dano ao erário causado por ato de improbidade administrativa. Com isso, procura-se demonstrar que, empiricamente, a prescritibilidade não produz o melhor resultado para a sociedade, visto a morosidade do processo administrativo e penal para a apuração dos fatos, sopesando o impacto de tal perspectiva no ordenamento jurídico pátrio.

Por esse motivo, há a delimitação de posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema com o escopo de debater se a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, por ato de improbidade administrativa, seria a solução indicada para tutelar um dos bens jurídicos basilares da Administração Pública, qual seja, a probidade administrativa.

O comando constitucional é cristalino ao estabelecer a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória como decorrência de prejuízos causados ao erário. Tal condição tem como pilar basilar a dificuldade de apurar e ajuizar as ações no prazo prescricional ordinário,



assim como o objetivo de recomposição do erário, o qual é subvencionado por todos os cidadãos. Contudo, há divergência em relação à interpretação dada ao dispositivo constitucional. Seria esse o correto sentido dado pelo constituinte originário? Existe, no que tange à imprescritibilidade, flagrante afronta ao princípio da razoabilidade e segurança jurídica?

O tema é controverso tanto na doutrina quanto na jurisprudência e, por conseguinte, demanda especial concentração em virtude do impacto que o instituto da imprescritibilidade terá nas ações de ressarcimento ao erário, já que a precritibilidade é um instituto merecedor de tutela constitucional.

Desse modo, para contextualizar melhor o tema, ao conceituar a expressão “corrupção”, há o entendimento de que se consubstancia no fato de um funcionário público atuar contrariamente aos padrões de normatividade do sistema com a intenção de favorecer interesses individuais em detrimento da coletividade, recebendo uma recompensa em troca. Então, se deve criar e reforçar os instrumentos de controle da máquina administrativa, abarcados por ampla transparência, com foco na prestação de contas e no controle social. Dentro desse cenário, a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, por ato de improbidade, abrange a proteção do patrimônio público e, sendo modalidade de interesse difuso, pode ser tutelado por qualquer pessoa e a qualquer momento. Assim, a imprescritibilidade se torna um mecanismo de combate à corrupção.

O primeiro capítulo do trabalho alude sobre a interpretação pretoriana dada ao dispositivo da Carta Magna, com o escopo de sustentar se de fato a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário é constitucional. Por conta disso, analisa-se os efeitos da prática de atos de improbidade administrativa, demonstrando que são violados não apenas as normas de serviço interno e o direito de um indivíduo determinado, e sim o dever geral de probidade e o direito de toda a sociedade à higidez da administração pública, consubstanciada no bem comum. Assim, pondera-se se seria um mecanismo de tutela do interesse público ou restrito ao interesse particular.

Dito isso, no segundo capítulo, procura-se esmiuçar a aplicação da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória estatal e a possibilidade de vilipendiar o princípio da segurança jurídica, sendo este um corolário do Estado Democrático de Direito.

No terceiro capítulo, há a reflexão sobre o fato de a imprescritibilidade ser extensível a qualquer ato antijurídico, direta ou indiretamente atingido, em prejuízo genérico ao erário ou se está restrita às situações de dano ao erário, causados por ato de improbidade.

O desenvolvimento da pesquisa será por meio do método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador tem o intuito de estabelecer um conjunto de conjecturas hipotéticas, as quais confia serem favoráveis à observação do propósito da pesquisa, com a intenção de se servir de argumentos para comprová-las ou rejeitá-las.

Diante disso, o intento dessa pesquisa jurídica será necessariamente de natureza qualitativa, visto que o pesquisador pretende se utilizar de bibliografia referente ao tema em análise – apreciada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – com o intuito de se tornar o pilar basilar de sua tese.

1. A CONTROVERSA HERMENÊUTICA ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À TESE PRESCIONAL DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO, SOB UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA

O Direito Constitucional, sob um aspecto contemporâneo, é eivado de um viés pós-positivista, o qual as normas constitucionais são representadas por princípios e regras. Dito isso, os princípios constitucionais se tornam diretrizes para a consubstanciação de valores primordiais à sociedade¹ e, por conseguinte, ao sopesá-los com as regras, o grau de relevância é mais elevado².

Com isso, o princípio da moralidade administrativa, presente no artigo 37, caput, da Carta Magna³, é proveniente do subprincípio da probidade e, por isso, transmuda-se em uma espécie de dever funcional basilar que deve ser seguido pelos agente públicos. Assim, ao violar tal princípio, resulta-se em ato de improbidade administrativa⁴, o qual, ao ser reiterado, desemboca em um fenômeno de corrupção sistêmica no serviço público. Dessa forma, com o escopo de aperfeiçoar instrumentos para combater tal vício, o legislador constituinte originário formulou a possibilidade de se responsabilizar e aplicar graves sanções àqueles que cometerem atos de improbidade administrativa, conforme preleciona o artigo 37, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil⁵.

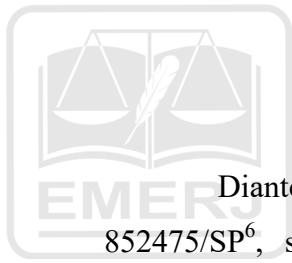
¹BARROSO apud CUNHA, Márcio Felipe Lacombeda. Ação de Improbidade Administrativa e a Imprescritibilidade da Pretensão de Ressarcimento ao Erário. *Revista virtual da AGU*, ano 98, p. 1-6, mar. 2010.

²DWORKIN apud ibidem.p. 1-6.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

⁴CUNHA,op. cit., p. 1-6.

⁵BRASIL,op. cit., nota 3.



Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do RE n° 852475/SP⁶, sob a relatoria do eminente Ministro Alexandre de Moraes, adentrou à controvérsia relativa à imprescritibilidade da ação de ressarcimento por dano ao erário, por ato de improbidade administrativa. O deslinde do litígio foi por meio de decisão, por maioria, pela verificação da ocorrência da imprescritibilidade das ações de ressarcimento por ato ímprobo, diante de uma interpretação sistemática, do parágrafo quinto, do art. 37 da CRFB⁷.

Segundo a tese pretoriana perdedora, capitaneada pelo relator, a imprescritibilidade é um instrumento processual excepcional, o qual deve estar expressamente previsto no texto constitucional. Com isso, ao se deparar com a literalidade da parte final do §5º do art. 37 da CRFB⁸, não há como inferir uma interpretação acerca da imprescritibilidade, seja por conta de da prática de atos ilícitos, seja por meio de atos de improbidade administrativa. Além disso, de acordo com esse raciocínio, o constituinte originário reservou, de modo explícito, o instituto da imprescritibilidade para crimes de racismo e ação de grupos armados que atentem contra a ordem democrática constitucional⁹.

Ainda em congruência com tal perspectiva, o §4º do art. 37¹⁰ da Carta Política é uma norma de eficácia limitada em que somente a Lei n° 8429/1992¹¹ pode lhe conferir eficácia e esta, ao regulamentá-la, expressamente estabelece prazos prescricionais para a propositura de ações referentes à pratica de atos de improbidade. Dito isso, a tese do Ministro Alexandre de Moraes¹² é:

[...] a pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e terceiros pela prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado pela Lei 8429/1992 prescreve juntamente com as demais sanções do art. 12, nos termos do art. 23, ambos da referida lei, sendo que, na hipótese em que a conduta também for tipificada como crime, os prazos prescricionais são os estabelecidos na lei penal.”

Em se tratando da tese vitoriosa, capitaneada pelo eminente Ministro Edson Fachin¹³, conquanto é aceito o fato da prescrição ser corolário estabilizador das relações sociais e que o instituto da imprescritibilidade deve estar expreso no corpo constitucional, como ocorre nos

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE. n° 852475/SP*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>> Acesso em: 08 abr. 2019.

⁷BRASIL, op. cit., nota 3.

⁸Ibidem.

⁹BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 3.

¹¹BRASIL. *Lei n° 8429, de 02 de junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE. n° 852475/SP*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>> Acesso em: 08 abr. 2019.

¹³BRASIL, op. cit., nota 6.

artigos 5º, incisos XLII, XLIV e 183, §3º, todos da CRFB¹⁴, referentes respectivamente à racismo, ação de grupos armados e imprescritibilidade dos bens públicos, as similitudes se encerram nesses pontos específicos.

Então, ao se deparar com o artigo 37, §5º, da Lei Maior, com o seguinte texto¹⁵ “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, vislumbra-se que na parte final do artigo, por meio de uma interpretação sistemática e dogmática, o constituinte originário separou os prazos das ações de recomposição do erário dos demais¹⁶.

Dessarte, corroborando com tal entendimento, o conhecido constitucionalista José Afonso da Silva¹⁷ (curso de direito positivo) assevera, com perspicácia ímpar:

[...]A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral do direito.(...) É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. (...)Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada. [...]

Do mesmo modo, esta é a linha de pensamento do audaz doutrinador José dos Santos Carvalho Filho¹⁸ ao prelecionar que “conquanto a imprescritibilidade seja objeto de intensas críticas(...), justifica-se sua adoção quando se trata de recompor o erário, relevante componente do patrimônio público e tesouro da própria sociedade[...]”.

A partir dessa mesma vertente se extrai o entendimento da sublime doutrinadora Maria Sylvania Zanella di Pietro¹⁹ ao aduzir que “são, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme o estabelece o artigo 37, § 5º, da Constituição [...]”.

Todavia, se por ventura entendimento diverso fosse acolhido, consistiria em grave vilipêndio à Carta Magna e, por conta disso, resultaria em tentativa de mitigar o princípio da

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁵Ibidem.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁷SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 682-683.

¹⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1243 – 1244.

¹⁹DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1835.



moralidade administrativa concomitantemente com o da proteção à coisa pública²⁰, o qual é bem jurídico basilar do sistema republicano, crucial para o correto desenvolvimento da sociedade como um todo.

Ademais, diante do fenômeno da constitucionalização do direito de cunho privatista, não se pode mais permitir que se interprete a prescrição sob o viés patrimonial, e sim, no caso em epígrafe, como uma imputação de ofensa ao erário. Por meio dessa ótica, demonstra-se que são violados não apenas as normas de serviço interno e o direito de um indivíduo determinado, como também o dever geral de probidade e o direito de toda a sociedade à higidez da administração pública, consubstanciada no bem comum, sendo essa a interpretação dada pelo constituinte originário ao prever a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa.

Diante disso, ao conferir proteção constitucional ao patrimônio público diante de interesses escusos de cunho privatista, consagra-se, por meio do instituto da imprescritibilidade presente na Magna Carta, a guarda aos cofres públicos com independência e autonomia²¹.

A partir desse contexto, percebe-se que foi uma escolha do poder constituinte originário tanto a elevação da boa gestão administrativa à um nível constitucional, quanto o entendimento de que o patrimônio público deve ser protegido por todos, mesmo que se dê por meio de um extenso transcorrer temporal²². Desse modo, com a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário por ato de improbidade, os indivíduos não mais terão suas condutas ímprobadas respaldadas pelo instituto da prescrição. Por essa razão, se o agente é o causador da lesão ao erário, o qual reflete o lado patrimonial da coletividade, torna-se necessário a guarda de documentos que constituem seu direito de defesa, pois, se fosse de forma diferente, não haveria mais sentido resguardar o princípio da proteção ao erário²³.

Portanto, a tese vencedora do julgamento do RE nº 852475/SP²⁴ é: “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa[...]”.

²⁰BRASIL. Procuradoria Geral da República. *Parecer nº159215/2016*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>> Acesso em: 08 abr. 2019.

²¹BRASIL, op. cit., nota 20.

²²BRASIL, op. cit., nota 3.

²³CARVALHO FILHO, op. cit., p. 1243-1244.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 3.

2. A IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA DO ESTADO E O POSSÍVEL VILIPÊNDIO À SEGURANÇA JURÍDICA ENQUANTO AXIOMA DO ORDENAMENTO PÁTRIO

O Direito Administrativo brasileiro não é marcado pela codificação. Por conta disso, as funções de sistematizar e unificar as leis, exercidas pelos códigos em outras ramificações do Direito, são cabíveis por meio dos princípios. Com isso, são regras gerais que condensam valores fundamentais de um sistema²⁵.

Assim, segundo o próspero autor Robert Alexy²⁶, princípios são normas que direcionam a realização de algo, da melhor forma possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes em determinado momento. Dessa forma, os princípios consubstanciam-se em mandamentos de otimização, os quais podem ser satisfeitos de diversas formas.

A partir disso, há um processo lógico de extração de ideias centrais, a partir de normas específicas, que corroboram para todo um complexo de regras. Assim sendo, os princípios teriam funções de informar e enformar, uma vez que armazenam e comunicam o valor essencial do núcleo da ordem jurídica e concedem forma à determinado ramo do Direito.

Desse modo, o princípio da segurança jurídica cumpre a especial missão de ser um dos sustentáculos do ordenamento jurídico. Por conta disso, Direito e segurança jurídica se imiscuem em razão do ser humano buscar, de forma constante, uma base sólida para se sentir seguro. Então, trata-se da própria natureza humana, de sua essência e, por conseguinte, não se pode dela escapar, de modo que há um reflexo na disciplina jurídica, já que o Direito deriva da conduta humana, tornando-se um projeto de implantação da segurança²⁷.

A referida sistemática confere à ordem jurídica a constituição de uma prévia rede de segurança para a conduta dos indivíduos e, por isso, possui o escopo de afastar, sempre que possível, qualquer forma de imprevisto ou surpresa que possa advir. Posto isto, partindo do pressuposto de que o Direito é um projeto com o intuito de ajustar os comportamentos humanos e condicionar determinadas pautas, deve-se informar aos sujeitos de direito, como condição prévia lógica, quais condutas são socialmente aceitas ou afastadas. Dessa maneira, forma-se o conceito de segurança, que se encontra de forma implícita em qualquer norma jurídica.

²⁵MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 106.

²⁶ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 91.

²⁷VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 41.



Por conta de tal perspectiva, é natural que o princípio da segurança jurídica esteja sendo respeitado pelas esferas de atuação estatal, sendo preservado no limite do possível com o objetivo de impedir a desestabilização do quadro normativo e permitir a constante evolução da sociedade.

Perante o exposto, cumpre salientar que o princípio da segurança jurídica possui dois prismas, quais sejam, um sentido objetivo e outro subjetivo.

O aspecto subjetivo se consubstancia a partir da ótica do princípio da proteção da confiança legítima, sendo uma criação da jurisprudência alemã, no período da Segunda Guerra Mundial e tendo surgido como uma reação à atos e normas legais que surpreendiam de forma brusca seus respectivos destinatários. Com isso, percebeu-se a necessidade da exigência de uma atuação de lealdade e coerência do Estado com o objetivo de coibir atos administrativos incompatíveis. A partir disso, os cidadãos devem confiar que a Administração Pública adote comportamentos que preservem a paz social com o intuito de não ocorrer mudanças abruptas de postura²⁸.

Por outro lado, o sentido objetivo é pautado por um mecanismo que promove a estabilização da ordem jurídica para limitar a eficácia retroativa das leis e atos administrativos. Desse jeito, aplica-se à seara do direito intertemporal, sendo possível ser utilizado pelo particular ou pelo próprio Estado. Assim, a segurança jurídica atua como um mecanismo de autocorreção do Estado de Direito e, conseqüentemente, promove a proteção do próprio sistema em relação à conflitos e instabilidades que são gerados pelas normas presentes no ordenamento, tendo como exemplos os institutos da prescrição e decadência.²⁹

Com isso, o instituto da prescrição opera a favor da estabilidade das relações jurídicas por meio da eliminação do estado de potencial modificação que possa ocorrer sobre elas. Tal artifício busca impedir a inflação e instabilidade normativa, preservando a segurança jurídica como corolário basilar do Estado de Direito.

Tal entendimento é exposto pelo Ministro Dias Toffoli, em voto no julgamento do RE nº 669069/MG³⁰: “[...] a prescritibilidade das pretensões consiste em regra universal e foi adotada, no sistema jurídico brasileiro, como corolário dos princípios da segurança jurídica e da paz social, os quais estão entalhados na Carta da República”.

²⁸MAZZA, op. cit., p. 160.

²⁹Ibidem., p. 159-160.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. nº 669069/MG. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4189164&numeroProcesso=669069&classeProcesso=RE&numeroTema=666>> Acesso em: 22 ago. 2019.

Diante dessa corrente, com a pretensão de assegurar a segurança das relações pessoais, o princípio da segurança jurídica atua como um instrumento normativo de proteção às relações interindividuais e entre os indivíduos e o Estado. Dito isso, estabelece-se um prazo para que o direito de ação seja exercido e, se for ultrapassado, acarreta a prescrição.

Isto posto, por ser um instituto jurídico que visa a proteção da previsibilidade das relações sociais, ao inexistir um prazo prescricional, há o vilipêndio do princípio da segurança jurídica. Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o sábio autor Humberto Ávila³¹ reverbera:

Mesmo assim, pode-se verificar, em muitos estudos antigos, elementos direta ou indiretamente associados à segurança jurídica ou a um dos seus elementos parciais: no Direito Romano, o debate sobre o *iuscertum* sobre a *Pax Romanae* seus conceitos implicados de *pax, securitas e libertas*, embora não possam ser simplesmente transpostos para os dias atuais em razão do caráter casuístico daquele Direito e da ausência de instituições estatais só muito mais tarde consolidadas, revela um remoto embrião do estudo da certeza do Direito [...]

Todavia, segundo entendimento firmado no julgamento do RE nº 852475/SP³², para o Ministro Edson Fachin, diante de exceção constitucional que permite a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento do erário que forem ocasionadas por conta de atos ilícitos que a ele causaram prejuízos, não poderia haver restrição somente à um grupo específico de ilícitos, uma vez que, ao invés de permitir um favorecimento, atuaria contrariamente ao princípio da segurança jurídica.

Além disso, a norma constitucional, ao prever a imprescritibilidade no art. 37, §5º, da CRFB³³, proporcionou, de forma segura, o pressuposto republicano de que ninguém, mesmo que haja o transcurso do lapso temporal, terá sua conduta relevada, caso esta cause prejuízo ao erário e permita o locupletamento indevido do indivíduo em relação à coisa pública³⁴.

Assim, consoante à tal raciocínio, ao tomar ciência da imprescritibilidade constitucional, o objetivo não seria criar uma injustificada e eterna obrigação de guarda, pelo particular infrator, de elementos para comprovar a inexistência do dever de ressarcir, e sim assegurar a proteção da coisa pública, da qual ele titulariza.

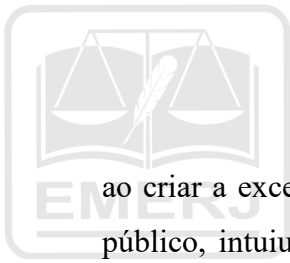
Ainda compartilhando tal perspectiva, o agente público que, por meio de ato de improbidade administrativa, provocar dano ao erário, não se escusará da ação de ressarcimento apoiado pelo instituto prescricional. Por esse expoente, o constituinte originário,

³¹ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 41 - 42.

³²BRASIL, op. cit., nota 6.

³³BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 6.



ao criar a exceção de imprescritibilidade do ressarcimento de danos causados ao patrimônio público, intuiu pela perpetuação do dever de restituir à moralidade administrativa e à ética pública³⁵.

Diante de tal cenário, percebe-se uma ponderação de valores consubstanciada pela análise do patrimônio público e moralidade administrativa, em contraposição com a segurança jurídica do agente ímprobo, em face da ação ressarcitória do Estado. Assim, compara-se a segurança jurídica do indivíduo e a segurança jurídica da coletividade.

Ao se ponderar tais valores, o constituinte originário não excluiu nenhum dos dois, e sim determinou a fixação de prazos prescricionais com o escopo de punir ilícitos e ressalvou as ações referentes ao ressarcimento. Dessa forma, a segurança jurídica estaria prestigiada, pois há prazos de lei atinentes à sanções decorridas da prática de ato de improbidade, enquanto que o patrimônio público e a moralidade foram preservados ao se estabelecer a imprescritibilidade de ações ressarcitórias.

Nesse caso, o conflito seria simplesmente aparente, visto que o Poder Constituinte preservou o princípio da segurança jurídica, reservando a titularidade da ação de ressarcimento ao erário à sociedade, e não ao particular, por perpetuar o dever de restituição ao indivíduo que vilipendiou a moralidade administrativa e a ética pública.

Portanto, o interesse público foi preservado em detrimento do interesse particular do agente que comete o ato ímprobo. Por isso, ao se ponderar a segurança jurídica do indivíduo e a segurança jurídica da coletividade, estabeleceu-se que esta poderia a qualquer momento recuperar o que foi subtraído de forma ímproba pelo agente. Dessa maneira, o constituinte originário optou por favorecer a sociedade³⁶.

3. É EXTENSÍVEL A IMPRESCRITIBILIDADE A QUALQUER ATO ANTIJURÍDICO OU ESTÁ RESTRITA ÀS SITUAÇÕES DE ATO DOLOSO QUE CAUSE DANO AO ERÁRIO?

A regra que persiste no ordenamento jurídico brasileiro é a preservação da prescricibilidade, ou seja, na maioria das situações, as pretensões indenizatórias se sujeitam à prazos prescricionais.

Todavia, necessário salientar que o comando constitucional é cristalino ao estabelecer a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória causada por prejuízos ao patrimônio público e,

³⁵BRASIL, op. cit., nota 20.

³⁶Ibidem.

por conseguinte, este segue sendo o entendimento majoritário. Tal condição tem como pressuposto basilar a dificuldade de apuração e ajuizamento de ações, dentro do prazo prescricional ordinário, assim como o escopo de recompor o erário, que por todos os cidadãos é custeado³⁷.

Diante disso, a controvérsia que se depreende é a extensão da imprescritibilidade para qualquer tipo de ato antijurídico, seja direta ou indiretamente realizado, em forma de prejuízo genérico ao patrimônio público, como, por exemplo, o não pagamento de um tributo. Nesses casos deve-se aplicar o prazo prescricional mais adequado.

De acordo com o entendimento dos autores André J. de Holanda Jr. e Ronny C. L. de Torres³⁸:

Em nossa opinião, a imprescritibilidade da ação de ressarcimento está restrita às situações de dano ao erário, causadas pelo ato de improbidade. Parece ter havido uma atecnia, na redação constitucional, que parece estabelecer, no §5º, uma regra estabelecida ao anterior §4º. Tecnicamente, deveria a redação ter previsto tal regra (do atual §5º) em forma de inciso, para deixar evidente a vinculação da regra prescricional específica, bem como a ressalva de imprescritibilidade, à improbidade administrativa indicada pelo §4º, a qual, não por coincidência, cita entre suas sanções, exatamente, o “ressarcimento ao erário.”

Assim sendo, ao se redigir o artigo 37, §5º, da Carta Política³⁹, estabeleceu-se que o prazo prescricional relacionado aos atos de improbidade seriam fixados por lei específica, contudo, no que diz respeito aos atos de improbidade, especificamente ligados à sanção de ressarcimento ao patrimônio público, um prazo prescricional particular não seria convencionado. A partir dessa interpretação, há um condicionamento para não admitir que, excepcionados os atos ilícitos caracterizados como atos de improbidade, quaisquer ações de ressarcimento, relacionadas a um dano ao erário genérico, possam ser abarcadas pela imprescritibilidade.

Em compreensão parcialmente congruente com o exposto acima, o Supremo Tribunal Federal⁴⁰ delimitou que não seria imprescritível a pretensão de danos decorrentes de ilícito civil. Nesse diapasão, é imprescritível condutas revestidas de grau de reprovabilidade mais acentuado, não sendo o caso de danos provenientes de ilícitos civis. Dessa maneira, a imprescritibilidade não abrangeria a improbidade, assim como atos que envolvam matéria criminal.

³⁷HOLANDA JR., André de; TORRES, Ronny Charles L. de. *Improbidade Administrativa* / coordenador Leonardo Medeiros de Garcia. 4.a ed. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 692.

³⁸Ibidem., p. 692 - 693.

³⁹BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 30.



Essa foi a linha de raciocínio desenvolvida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 669069/MG⁴¹:

[...] De acordo com o sistema constitucional, o qual reconhecera a prescritibilidade como princípio, se deveria atribuir um sentido estrito aos ilícitos previstos no §5º do art. 37 da CF. No caso concreto, a pretensão de ressarcimento estaria fundamentada em suposto ilícito civil que, embora tivesse causado prejuízo material ao patrimônio público, não revelaria conduta revestida de grau de reprovabilidade mais pronunciado, nem se mostraria especialmente atentatória aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública. Por essa razão, não seria admissível reconhecer a regra excepcional de imprescritibilidade. Seria necessário aplicar o prazo prescricional comum para as ações de indenização por responsabilidade civil em que a Fazenda figurasse como autora [...]

Dessa maneira, a discussão é concernente ao fato de o dano ao erário ser decorrente ou não de uma conduta que possa ser qualificada como improbidade administrativa. Diante disso, tal conduta é caracterizada dessa forma se abarcar enriquecimento ilícito do agente público, vilipêndio à princípios da Administração Pública ou prejuízo ao erário. Além disso, importante ressaltar que, na hipótese do art. 10 da Lei nº 8429/92⁴², há previsibilidade de improbidade culposa.

Por conta disso, o eminente Ministro Luís Barroso⁴³, no julgamento do RE nº 852475/SP, emitiu o seguinte entendimento “[...] Eu gostaria de cingir a imprescritibilidade do ressarcimento às hipóteses de dolo e excluir as hipóteses de culpa, em que, por uma falha humana, não intencional, se tenha eventualmente causado um prejuízo ao Erário”. Ao seguir tal perspectiva, a ação de ressarcimento de danos é imprescritível caso seja cometida uma improbidade dolosa pelo agente público.

Ademais, necessário expor também outras hipóteses que excluem a incidência da parte final do art. 37, §5º, da CRFB⁴⁴, sendo essas prescritíveis.

A primeira seria em relação à prática de ato ilícito por terceiro, não agente público, que ocasiona danos ao erário. Nesse caso, a pretensão indenizatória do ente público se sujeita à prescrição, não sendo possível aplicar o comando constitucional. Assim, ao se tratar de reparação civil, o art. 206, §3º, V, do Código Civil⁴⁵ aplica o prazo de 3 anos.⁴⁶

A segunda situação seria direcionada à pessoa jurídica de direito privado da Administração Indireta, como entidade lesada, representada pelas empresas públicas e

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 30.

⁴²BRASIL, op. cit., nota 11.

⁴³BRASIL, op. cit., nota 6.

⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴⁵BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis /2002/L10406 compilada.htm>. Acesso em: 06 set. 2019.

⁴⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 289.

sociedade de economia mista, ou pessoa privada prestadora de serviços públicos, a qual não integraria a Administração, tais como os permissionários e concessionários de serviços públicos. Dito isso, assevera-se que esses entes não possuem erário e, por conseguinte, não poderiam sofrer a incidência do dispositivo constitucional. Com isso, se tais entidades sofrerem prejuízo por conduta ilícita, a pretensão ressarcitória dos danos estará sujeita à prescritibilidade.⁴⁷ Nesse aspecto, será aplicável o art. 1-C da Lei nº 9.494/1997⁴⁸, com o prazo fixado em 5 anos.

Portanto, a imprescritibilidade alcança apenas a pretensão ressarcitória do ente público, qual seja, a indenização a ser cobrada do agente público praticante do ilícito originador dos prejuízos. Assim, o ressarcimento é considerado um efeito sancionatório, sendo apenas esse o gerador da pretensão imprescritível do ente lesado. Outrossim, os demais efeitos sancionatórios do ato de improbidade não são imprescritíveis, mesmo proporcionando prejuízos ao erário, quais sejam, devolução de bens, suspensão de direitos políticos, perda de cargo, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público, entre outros.⁴⁹

CONCLUSÃO

A pesquisa em comento retratou de forma explícita a querela em torno da interpretação acerca da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa. A controvérsia se instaura por conta do viés conferido ao artigo 37, §5º, da Carta Magna, especificamente em sua parte final. O embate hermenêutico se depreende, principalmente, no decorrer do julgamento do RE nº 852475/SP.

Diante disso, a tese vencida, capitaneada pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, elencava argumentos no sentido de que a imprescritibilidade deve estar prevista, expressamente e de forma excepcional, no texto constitucional. Assim, de acordo com tal prisma, o constituinte originário especificou quais seriam os casos de incidência da imprescritibilidade, tais como, os crimes de racismo e ação de grupos armados com objetivos antidemocráticos.

Contudo, a tese prevalecente adota uma interpretação sistemática e dogmática, ao tratar da parte final do artigo 37, §5º, salientando que o constituinte originário dissociou o prazo referente às ações de recomposição do erário dos outros, de forma expressa. Assim, a

⁴⁷CARVALHO FILHO, op. cit., p. 289-290.

⁴⁸BRASIL. *Lei nº 9494*, de 10 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm> Acesso em: 06 set. 2019.

⁴⁹CARVALHO FILHO, op. cit., p. 291.



prescrição resultaria em uma mitigação do princípio da moralidade administrativa, assim como no impedimento de restituir ao patrimônio público e, por conseguinte, ao prevalecer a tese de imprescritibilidade, o bem jurídico probidade administrativa seria tutelado.

A partir dessa controvérsia interpretativa, relacionada ao primeiro capítulo, o entendimento do presente pesquisador encontra consonância com a tese predominante, uma vez que a imprescritibilidade seria um instituto adotado pelo constituinte originário com o escopo de preservar a honestidade daquele que exerce função pública e, assim, a moralidade e eticidade administrativa.

Em relação ao segundo capítulo, a divergência argumentativa incide na questão de que a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, por ato de improbidade administrativa, poderia violar o princípio da segurança jurídica. Com isso, a partir da intersubjetividade entre diferentes ramos do Direito, assim como em sede jurisprudencial, a perspectiva assumida no trabalho, no tocante à tal questão, seria que a imprescritibilidade não infringe o princípio basilar da segurança jurídica.

A partir dessa percepção, o pesquisador acredita que o princípio da segurança jurídica subsiste com o princípio da moralidade e lealdade da Administração Pública, materializado no bem jurídico probidade administrativa, logo a imprescritibilidade não a estaria transgredindo. Dessa forma, estaria sendo preservada a segurança jurídica da coletividade, pois esta poderia reaver o que lhe fora desviado a qualquer tempo. Portanto, percebe-se que tanto a segurança jurídica da coletividade quanto a probidade administrativa persistiriam com o advento da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário.

Além disso, a pesquisa demonstrou, por meio do terceiro capítulo, que a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado estaria atinente à atos de improbidade administrativa dolosos. A razão disso é que não seria imprescritível atos ilícitos civis que casem prejuízos meramente genéricos ao erário. Dessa maneira, a imprescritibilidade estaria reservada para atos dolosamente praticados e que causem um dano mais elevado, com maior repercussão na coletividade.

Dessarte, essa pesquisa pretende sustentar que a tese da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, por ato doloso de improbidade administrativa, tem como escopo a proteção do patrimônio público, o qual está capilarizado em todos os aspectos da Administração Pública. Esse amparo ao erário, por meio da imprescrição, não interfere na segurança jurídica, uma vez que o interesse público de reaver o que lhe fora desonestamente retirado receberá guarida.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CUNHA, Márcio Felipe Lacombe da. Ação de Improbidade Administrativa e a Imprescritibilidade da Pretensão de Ressarcimento ao Erário. *Revista virtual da AGU*, ano 98, mar. 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Lei nº 9494, de 10 de setembro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm> Acesso em: 06 set. 2019.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 06 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 669069/MG*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4189164&numeroProcesso=669069&classeProcesso=RE&numeroTema=666>> Acesso em: 22 ago. 2019.

_____. Procuradoria Geral da República. *Parecer nº N° 159215/2016*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Lei nº 8429, de 02 de junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 852475/SP*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670950>> Acesso em: 08 abr. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



HOLANDA JR., André de; TORRES, Ronny Charles L. de. *Improbidade Administrativa*. Coordenador Leonardo Medeiros de Garcia. 4.a ed. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

O TRANSGÊNERO NA EXECUÇÃO PENAL: AS CONSTANTES VIOLAÇÕES À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA PRISIONAL

Karine Teixeira Fernandes Monteiro

Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Graduada pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Advogada.

Resumo – O tema do presente artigo tem implicações sociais e jurídicas extremamente relevantes, tendo em vista que põe em evidência as mazelas do sistema de execução penal brasileiro bem como ressalta a hipervulnerabilidade do grupo de pessoas transgêneros que se encontram encarceradas. Ao longo do trabalho, restam demonstradas todas as violações à dignidade da pessoa humana que essas pessoas sofrem quando inseridas no sistema, e as possíveis soluções que o judiciário vem apresentando para amenizar essa problemática. Pode-se notar que as soluções apresentadas pelo Estado, no que tange a tentativa de garantir o mínimo de dignidade à essa parcela da população que cumpre pena privativa de liberdade, não estão sendo satisfatórias, entretanto, constata-se que a problemática tem ganhado atenção especial do Poder Judiciário, que tem proferido, nos últimos tempos, decisões paradigmáticas no que diz respeito aos direitos da população trans encarcerada.

Palavras-chave – Execução penal. Sistema Penitenciário. Transgênero. Transexualidade. Direitos Humanos. Dignidade da Pessoa Humana.

Sumário – Introdução. 1. As questões de gênero e a Execução Penal no Brasil. 2. A hipervulnerabilidade da população transgênero encarcerada. 3. A Dignidade da Pessoa Humana e a criação de penitenciárias para pessoas transexuais e travestis: segregar para proteger. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda, principalmente, a situação do transgênero na Execução Penal e as constantes violações à dignidade da pessoa humana que ocorrem dentro do sistema prisional.

O presente artigo trata de questão extremamente relevante, que demanda uma análise sensível acerca do tema, tendo em vista que as problemáticas que envolvem os transgêneros na sociedade são, muitas vezes, mal compreendidas, inclusive pelo mundo jurídico.

É cediço que o sistema prisional brasileiro é reconhecido por ser palco de constantes violações à dignidade da pessoa humana, as atrocidades cometidas nas sistema carcerário são inúmeras, tendo sido reconhecido, inclusive, recentemente, o seu “Estado de coisas Inconstitucional” pelo STF na ADPF 347.

Em 2014 ocorreu um importante marco jurídico para os direitos da população LGBT,



a Resolução Conjunta nº1 foi assinada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação CNCD/LGBT, determinando regras para o acolhimento de pessoas do grupo LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) que estejam inseridas no sistema prisional brasileiro.

A partir desse momento, a questão dos transgêneros encarcerados e as constantes violações cometidas contra os mesmos, passou a ficar em evidência no mundo sócio-jurídico.

A problemática ganhou ainda mais repercussão com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) ao deferir o HC nº 152.491. Nesta decisão, a Corte autorizou a transferência de duas travestis que estavam alocadas em celas com homens, para unidade prisional que seria compatível com suas identidades de gênero, surgindo, dessa decisão, um forte precedente sobre o caso.

É necessário ter um olhar mais humano e empático, livre de qualquer pré-conceito, para que possa ser feita uma análise jurídica eficiente e, conseqüentemente, para que possamos pensar em soluções que cumpram com o preceito máximo da dignidade da pessoa humana, que regula todo o ordenamento jurídico e a vida em sociedade.

Nesse sentido, inicia-se o primeiro capítulo desta pesquisa propondo uma reflexão a respeito da regulamentação e normatização, se seriam medidas eficazes no combate às constantes violações sistêmicas aos direitos humanos que ocorrem dentro do sistema prisional brasileiro.

Logo em seguida, no segundo capítulo, é feita uma análise acerca de uma eventual posição de “hipervulnerabilidade” dos transgêneros dentro do cárcere e da sociedade como um todo.

Já no terceiro capítulo, faz-se uma crítica a respeito de medidas propostas como possíveis soluções acerca da situação do transgênero dentro do sistema prisional, como, por exemplo, a criação de penitenciárias exclusivas para pessoas transgêneros.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa e explicativa, de modo que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente ao tema em apreço, analisado e fichado na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), para sustentar sua tese.

1. AS QUESTÕES DE GÊNERO E A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Inicialmente, faz-se necessário apresentar breve explanação acerca do objeto de estudo do presente artigo. As questões envolvendo identidade de gênero e orientação sexual por muitas vezes se confundem, e é imprescindível fazer uma diferenciação para fins de melhor compreensão do trabalho que será apresentado.

A identidade de gênero não deve ser confundida com a orientação sexual. A identidade de gênero é como o indivíduo se identifica. Uma mulher ou homem transgênero pode ter qualquer orientação sexual: homossexual, heterossexual ou bissexual. O transgênero, portanto, não é definido pela orientação sexual, e sim por sua identificação com um determinado gênero.

É importante fazer a ressalva de que no Brasil, ainda não há um consenso sobre o termo “transgênero”¹. Há quem considere transgênero uma categoria à parte das pessoas travestis e transexuais.

No entanto, é mais usual encontrar o termo "transgênero" ou "trans" fazendo referência a uma pessoa cuja identidade de gênero não corresponde à de seu sexo de nascimento, englobando o transexual, o travesti, o *crossdresser* e a *drag queen*.

Feita as devidas explicações terminológicas, é importante ressaltar que independente do conceito do termo “transgênero”, é certo que a CRFB/88, ao trazer a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República e princípio fundamental que rege todo o nosso ordenamento jurídico, abarca a população “trans” como merecedora de tal proteção jurídica.

A CRFB/88 protege de forma explícita e inequívoca o direito a igualdade e a liberdade ao longo de todo o seu texto, sendo, portanto, todo o ordenamento jurídico brasileiro norteado por esses e outros princípios.

Em razão da existência de tais princípios fundamentais e de tantos outros dispositivos constitucionais que pregam pela igualdade formal e material, observa-se que é estritamente necessário o respeito a condição de transgênero, dando tratamento de forma isonômica e humanizada, sem qualquer diferença que prejudique ou menospreze esse grupo que já é vulnerável por natureza.

Destaca-se que, apesar de toda proteção constitucional e infraconstitucional, as diferenças de tratamento, o preconceito e a violência contra esses grupos subsistem, e é

¹ JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos*. Brasília: Autor, 2012. Disponível em: <https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIEN TA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989>. Acesso em: 24 abr. 2019.



oportuno mencionar que o Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo, de acordo com dados divulgados recentemente pela ONG *TransgenderEurope*².

Reafirmando esse cenário de barbáries contra essa parcela já vulnerável da sociedade, no que tange aos presos “trans”, o sistema carcerário onde eles são inseridos e a execução penal para estes são, no mínimo, degradantes, fulminando qualquer pretensão de serem os mesmos reconhecidos como sujeitos de direitos. As garantias fundamentais, na prática, inexistem, pois eles sequer são considerados “pessoas” nesse ambiente hostil que é o sistema prisional brasileiro.

Há diversos relatos de maus-tratos, abuso sexual e tortura perpetrados contra os transgêneros que são encarcerados juntamente com homens heterossexuais. Esses maus-tratos são cometidos tanto pelos colegas presidiários quanto pelos agentes penitenciários e policiais, como será explicitado ao longo do referido artigo.

O sistema de garantias e direitos dos presos tem por base as garantias previstas nos artigos 1º, inciso III; artigo 5º, inciso XLVII - que proíbe penas cruéis -; artigo 5º, inciso XLIX - que garante a integridade física e moral do cidadão encarcerado – todos da CRFB/88³. E ainda, na Lei de Execução Penal⁴, em seu artigo 3º, parágrafo único, que faz uma importante ressalva, pois determina expressamente que não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política com relação ao condenado.

Além de todas as previsões legais supracitadas, é preciso mencionar dois importantes avanços com relação aos direitos e garantias da população LGBT⁵. O primeiro ocorreu em 2006, na Indonésia, onde foram elaborados os chamados “Princípios de Yogyakarta”⁶, com a presença do Brasil, que foi um dos signatários dessa Carta dos Princípios. Essa Carta foi criada visando regularizar o tratamento referente a aplicação da legislação internacional em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

No julgamento do RE nº 477.554 AgR⁷, o Supremo Tribunal Federal (STF)

²JUSBRASIL. *Assassinatos de travestis e transexuais é o maior em dez anos no Brasil*. Disponível em: <<https://agencia-brasil.jusbrasil.com.br/noticias/538649072/assassinatos-de-travestis-e-transexuais-e-o-maior-em-dez-anos-no-brasil?ref=serp>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 mar. 2019.

⁴BRASIL. *Lei nº 7.210/84*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 24 mar. 2019.

⁵Ressalta-se que, atualmente, no Brasil, o correto seria falar em “LGBTI+”, que faz referência a lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexuais.

⁶PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. *Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/contudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019.

⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RE nº 477.554 AgR*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf>>. Acesso em: 24mar. 2019.

reconheceu a aplicabilidade dos referidos princípios no âmbito da legislação internacional de direitos humanos.

E logo depois, em 2014, surgiu a Resolução Conjunta nº 1⁸, determinando regras para o acolhimento de pessoas do grupo LGBT que estejam inseridas no sistema prisional brasileiro.

A Resolução Conjunta nº 1 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, cita os seguintes tratados de direitos humanos que o Brasil ratificou: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos, as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok), e todos os outros instrumentos internacionais aplicáveis à matéria, bem como os Princípios de Yogyakarta (Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero).

Entre as diretrizes de tratamento para a população travesti e transexual privada de liberdade está a garantia do direito ao nome social, a liberdade de expressão de gênero, espaços de convivência seguros, visitas íntimas etc.

Mister destacar o que preconiza o caput do artigo 4º da referida Resolução, pois o referido dispositivo traz uma orientação expressa de que as pessoas transexuais masculinas e femininas deverão ser encaminhadas para unidades prisionais femininas⁹, e, no parágrafo único do mesmo dispositivo, temos uma garantia expressa de que as mulheres transexuais deverão ser tratadas de forma isonômica às demais mulheres que estiverem no cárcere.

Imprescindível citar, ainda, as chamadas “Regras de Mandela”¹⁰, documento internacional de natureza *soft law*¹¹, que traz “Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos”. São preceitos mínimos de direitos humanos para o tratamento dos presos, adotados pelo I Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e para o Tratamento de Delinquentes, ocorrido em 1955, e posteriormente aprovada pelo Conselho Econômico e

⁸BRASIL. *Resolução Conjunta nº 1*, de 15 de abril de 2014. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 abr. de 2014. Acesso em: 24 mar. 2019.

⁹Ponto que será melhor abordado no capítulo 3 da referida pesquisa, quando tratarmos das possíveis soluções para a situação do transgênero na execução penal.

¹⁰BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras mínimas das Nações Unidas para tratamento dos presos*. Brasília, DF, 2016a, 84 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb41b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

¹¹Conjunto de normas não vinculantes de Direito Internacional, mas que podem se tornar vinculantes no futuro, se tiverem anuência dos Estados.

Uma das regras, de suma importância para o tema apresentado no presente trabalho, trata sobre a necessidade de que as diferentes categorias de presos sejam mantidas em estabelecimentos separados ou em diferentes zonas, considerando-se o sexo, idade, antecedentes penais, razões da detenção e medidas necessárias.

É incontroverso que, apesar da ampla proteção jurídica, constante em normas constitucionais e infraconstitucionais, resoluções e princípios, de ordem nacional e internacional, os transgêneros continuam sofrendo com o preconceito, com a violência física e psicológica, dentro do sistema prisional e na sociedade como um todo.

Constata-se que a regulamentação e a normatização não são formas eficazes de combater as constantes violações sistêmicas aos direitos humanos que ocorrem dentro do sistema prisional brasileiro.

É certo que o sistema prisional, de uma forma geral, necessita de uma reforma urgente, sendo a Lei de Execução Penal avançada em seu conteúdo, mas pouco eficaz na prática. Ocorre que, com relação especificamente às violências destinadas a população “trans” encarcerada, resta demonstrada a necessidade de um olhar mais atencioso e empático na formulação de políticas públicas penais que sejam realmente eficientes na proteção desse segmento.

2. A HIPERVULNERABILIDADE DA POPULAÇÃO TRANSGÊNERO ENCARCERADA

A palavra “hipervulnerabilidade” refere-se a um conceito que vem sendo adotado, principalmente no Direito do Consumidor, ao tratar de grupos que possuem uma vulnerabilidade agravada por uma condição particular, que pode ser em razão de sua idade, do grau de instrução ou de uma deficiência que lhe diminua a possibilidade de compreensão. Para estes casos, a doutrina e a jurisprudência entendem que há uma hipervulnerabilidade e que, por conseguinte, potencializa os deveres de cuidado e boa-fé.

A existência de uma sociedade ainda patriarcal e a predominância do modelo binário¹² de gênero fazem com que os transgêneros (e de toda a população LGBT¹³), sejam vistos como um grupo de hipervulneráveis.

Esse conceito se mostra ainda mais evidente no caso dos transgêneros encarcerados,

¹²No modelo binário de gênero existem apenas a mulher -feminino- e o homem -masculino-.

¹³Ressalta-se que, atualmente, no Brasil, o correto seria falar em “LGBTI+”, que faz referência a lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexuais.

que sofrem uma dupla estigmatização: o processo de encarceramento e seu rótulo de “presidiário” e a condição de pessoa “trans”, uma minoria que já sofre com a violência psíquica, moral e física na sociedade.

São inúmeros os relatos¹⁴ de pessoas “trans” e travestis que sofrem abusos diários nos estabelecimentos penais espalhados pelo Brasil. E é certo afirmar que são abusos “institucionalizados”, que se materializam desde atos mais “simples”, como os de raspar a cabeça, o chamamento pelo nome civil -ignorando o nome social-, forçar o uso de uniformes masculinos, até atos mais “graves”, como a ocorrência de estupros e outras violações de cunho sexual cometidos pelos próprios agentes penitenciários e também por presos, companheiros de cela.

É cristalina a violação, nesses casos, ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que desconsidera as identificações de gêneros das pessoas recolhidas que não se enquadram nem como homens, nem como mulheres, em virtude das peculiaridades de transgeneridade, o que ocasiona inúmeras violações aos direitos humanos, reduzindo essas pessoas a condição de “invisíveis”, levando a um processo de “coisificação” desse grupo dentro do cárcere.

A negligência Estatal fica evidenciada através de matérias extraídas de grandes veículos de comunicação nacional, como por exemplo, a matéria do Jornal O Povo¹⁵, no qual uma detenta transexual não identificada narra à realidade carcerária:

[...] Aos prantos e com hematomas. Foi assim que uma jovem transexual compareceu à audiência de custódia em 23 de setembro, no Fórum Clóvis Beviláquia. Ela teria sido espancada e estuprada por pelo menos quatro detentos por mais de 20 dias, na Unidade Penitenciária Francisco Adalberto de Barros Leal (UPFABL), conhecida como Carrapicho, em Caucaia[...].

O depoimento da travesti Vitória Rios Fortes, de 28 anos descritos no Jornal Estado de Minas Gerais¹⁶:

[...] Eu era obrigada a ter relação sexual com todos os homens das celas, em sequência. Todos eles rindo, zombando e batendo em mim. Era ameaçada de morte se contasse aos carcereiros. Cheguei a ser leiloada entre os presos. Um deles me ‘vendeu’ em troca de 10 maços de cigarro, um suco e um pacote de biscoitos. [...]

¹⁴SAIBAMAIS. *Transgêneros, os invisíveis do cárcere*. Disponível em: <<https://www.saibamais.jor.br/transgeneros-os-invisiveis-do-carcere-o-cumprimento-de-pena-para-os-trans-no-rn/>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

¹⁵SISNANDO, Jessika. *Transexual sofre abusos em celas masculinas de presidio*. Disponível em: <<https://www20.opovo.com.br/app/opovo/cotidiano/2015/10/02/noticiasjornalcotidiano,3513246/transexual-sofre-abusos-em-celas-masculinas-de-presidio.shtml/>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

¹⁶KIEFER, Sandra. *Homossexuais contam abusos que sofriam em prisões sem separação*. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml/>. Acesso em: 18 jul. 2019.

E ainda, a matéria do Jornal O Dia¹⁷:

[...]Entre os problemas relatados, as transexuais têm seus cabelos raspados à máquina pelos agentes, são obrigadas a tomar banho de sol sem camisa. Mesmo que muitas delas tenham próteses de silicone. Além disso, são forçadas a ficarem nuas nas revistas íntimas na frente de outros presos.[...]

Recentemente, em março de 2019, a BBC (*British Broadcasting Corporation*) News Brasil divulgou uma reportagem¹⁸ que traz relatos de como é a vida dos presos LGBT na prisão. Nas entrevistas concedidas ao jornal, há inúmeros relatos que evidenciam a opressão e o preconceito sofrido por eles, como por exemplo, o fato de que os presos heterossexuais não aceitam usar os mesmos talheres, pratos e copos da população LGBT.

A situação caótica e degradante dos presídios no Brasil é tema enfrentado em diversos casos que chegam através de denúncias no sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Em 2014, a Comissão Interamericana requereu a adoção de medidas para resguardar a vida e integridade pessoal dos detentos na penitenciária “Professor Aníbal Bruno”, atualmente conhecida como Curado, em Recife/PE.

O relatório apresentado pela Comissão à Corte Interamericana é bastante extenso, e um dos pontos denunciados é a respeito da tortura, através dos mais variados tipos de violência contra os detentos, incluindo violência sexual contra LGBTs.

Por todo o exposto, é evidente os absurdos vivenciados por esse grupo de pessoas, que perdem toda a sua dignidade humana e identidade ao entrarem no sistema penitenciário, sofrendo uma “dupla punição”: a fixada em sentença, pelo Poder Judiciário, e a exercida pelos outros detentos, que perdura durante todo o cumprimento da pena.

É um cenário de nítida violação dos direitos fundamentais previstos na CRFB/88, na Lei de Execução Penal e nos diversos tratados e documentos internacionais que deveriam servir de norte para uma Execução Penal humanizada e ressocializadora.

¹⁷ARAÚJO, Paulo. *Transexuais sofrem agressões e abusos dentro de penitenciárias*. Disponível em: <https://odia.ig.com.br/_conteudo/noticia/rio-de-janeiro/2015-04-14/transexuais-sofrem-agressoes-e-abusos-dentro-de-penitenciarias.html/>. Acesso em: 18 jul. 2019.

¹⁸BBC. *Discriminação nos presídios: Com pratos marcados e rejeitados por facções, presos LGBT sofrem com rotina de segregação*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47376077>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

3. DECISÕES RECENTES DOS TRIBUNAIS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES: SEGREGAR PARA PROTEGER FUNCIONA?

Recentemente, com as garantias trazidas pela Resolução Conjunta nº1¹⁹ - que estipulou regras de acolhimento para as pessoas do grupo LGBT inseridas no sistema prisional -, com a aceitação da aplicação dos Princípios de Yogyakarta pelo judiciário brasileiro, e com a efetiva observância às Regras de Mandela²⁰ - que tratam das regras mínimas para o tratamento de presos -, o Poder Judiciário tem proferido decisões inovadoras no que tange aos direitos dos transexuais e travestis encarcerados, dando notoriedade ao assunto no âmbito jurídico.

É certo que os presídios foram criados com base na lógica heteronormativa²¹ e no modelo binário de gênero que predomina na sociedade, entretanto, é evidente que tal sociedade está em constante transformação, e o ordenamento jurídico precisa se atualizar para acompanhar a evolução das relações sociais.

O sistema prisional, criado com base nesse modelo binário de gênero, não possui ainda solução eficaz para a situação dos presos trans, tendo em vista que a predominância dentro do cárcere é do homem cisgênero²².

No Brasil, o Estado de Minas Gerais, foi o primeiro a ter uma área reservada para transexuais e travestis. A criação da ala exclusiva, no presídio de São Joaquim de Bicas II, ocorreu no ano de 2009, em virtude do emblemático caso da detenta trans Victoria R. Fortes²³ que, em decorrência dos constantes abusos sofridos pelos detentos do presídio masculino em que se encontrava, começou a mutilar os próprios braços para tentar chamar a atenção da administração da penitenciária.

No ano de 2012, o Estado do Rio Grande do Sul também criou ala reservada para os trans no Presídio Central de Porto Alegre. Logo em seguida, em 2013, ainda no Estado de Minas Gerais, o presídio de Vespasiano passou a contar com uma área exclusiva para

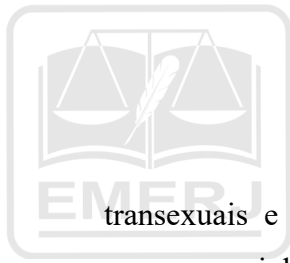
¹⁹Tal Resolução foi assinada em 2014 pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação CNCD/LGBT.

²⁰BRASIL. op. cit., nota 9.

²¹A heteronormatividade presume que a heterossexualidade é a norma e define que as relações sexuais e maritais são apropriadas apenas entre um homem e uma mulher.

²²Cisgênero (Cis) é o termo utilizado para se referir ao indivíduo que se identifica, em todos os aspectos, com o seu "gênero de nascença". No âmbito dos estudos relacionados ao gênero humano, o cisgênero é a oposição do transgênero, pois este último se identifica com um gênero diferente daquele que lhe foi atribuído quando nasceu.

²³IBCCRIM. *Mulheres transexuais e travestis no sistema penitenciário: a perda da decência humana e do respeito aos Direitos Humanos*. Disponível em: < https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5730-Mulheres-transexuais-e-travestis-no-sistema-penitenciario-a-perda-da-decencia-humana-e-do-respeito-aos-Direitos-Humanos#_edn5/>. Acesso em: 18 jul. 2019.



transexuais e travestis. Alguns outros Estados como Paraíba e Mato Grosso seguiram o mesmo caminho²⁴.

A par dessa nítida evolução, faz-se necessário destacar as últimas decisões do judiciário, que podem ser consideradas um marco na questão da visibilidade do direito das pessoas trans que se encontram inseridas no cárcere.

Em decisão inédita no Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus (HC) nº 497.226²⁵, o Ministro Rogério Schietti Cruz garantiu a uma travesti presa em regime semiaberto o direito de pernoitar na ala feminina do Presídio Estadual de Cruz Alta (RS), já que por falta de espaço adequado na penitenciária, a travesti era mantida em alojamento ocupado por presos do sexo masculino.

O Ministro Luís Roberto Barroso, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 527, entendeu que as presas transexuais femininas devem ser transferidas para presídios femininos. A ADPF nº 527²⁶ foi impetrada pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais no Supremo Tribunal Federal (STF), em que foi pedido que a Corte dê à Resolução Conjunta nº 01 uma interpretação compatível com a Constituição Federal a fim de que as custodiadas transexuais somente cumpram pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino.

Na ausência de elementos que apontem para uma solução unívoca quanto aos travestis, o Ministro deferiu a liminar apenas para que transexuais femininas sejam transferidas para presídios femininos.

A decisão mencionou expressamente os Princípios de Yogyakarta e a violação constante aos Princípios da dignidade humana, da liberdade e da igualdade nas penitenciárias brasileiras.

A Procuradoria Geral da República (PGR) emitiu parecer favorável a transferência, no sentido de que a manutenção de mulheres transexuais e de travestis identificadas socialmente com o gênero feminino em presídios masculinos contraria direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

A controvérsia que paira sobre o assunto é substancial, e os argumentos contrários a tais decisões são baseados, em sua imensa maioria, nas alegações de ausência de cirurgia de

²⁴Ibid.

²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 497.226*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527_liminar_26jun2019.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 527*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527_liminar_26jun2019.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.

transgenitalização e no risco à integridade física e sexual de mulheres cisgênero.

Ocorre que, com base no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.275²⁷, o STF proferiu decisão histórica, que alçou as identidades transgênero a um patamar de proteção constitucional. Na ocasião, os ministros reconheceram aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição do nome e sexo no registro civil. civil.

Portanto, não é crível aceitar argumentos contrários a transferência de pessoas transexuais ou travestis para presídios femininos que aleguem a falta de cirurgia de transgenitalização, tendo em vista a evolução jurisprudencial do próprio STF acerca do tema. registro civil.

Não obstante inúmeros avanços no tratamento da população LGBT, é certo que a execução penal, principalmente do transgênero, é ineficaz e desumana. Mesmo com a criação de presídios com alas exclusivas para essa parcela da população, ainda são inúmeros os relatos de abusos e maus-tratos.

O Estado de Minas Gerais, pioneiro na criação de alas exclusivas para pessoas transexuais e travestis nas unidades penitenciárias São Joaquim de Bicas II e Vespasiano, vem sendo alvo de graves denúncias.

As denúncias tratam do fato de que homens heterossexuais tem se autodeclarado gays para acessar um lugar supostamente “menos violento”, ingressando nessas alas exclusivas e cometendo diversos abusos, incluindo estupros coletivos.

Observa-se que, apesar de toda evolução no tratamento jurídico da população trans, as violações aos seus direitos fundamentais persistem. O sistema de execução penal é falho, e ainda não foram implantados mecanismos eficientes que consigam garantir um cumprimento da pena minimamente humanizado à essa parcela da população duramente estigmatizada.

Entretanto, as recentes decisões proferidas pelos Tribunais Superiores demonstram que o Judiciário está em constante evolução, cada vez mais atuando para garantir a observância dos direitos das pessoas LGBT.

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4275*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

Este trabalho trouxe como problemática central a situação de hipervulnerabilidade das pessoas transgênero encarceradas. Ficou demonstrado que, além do processo natural de estigmatização que essa parcela da população sofre durante toda sua existência, ao ingressarem no sistema prisional, todas as violações ao núcleo essencial dos seus direitos fundamentais extrapolam a esfera do razoável.

Os relatos vão desde cortes de cabelo indesejados, até a prática de tortura e estupro coletivos, praticados não só por seus próprios companheiros de cela, mas também por parte dos agentes penitenciários.

A execução penal no Brasil é desumana para todos que se encontram cumprindo pena privativa de liberdade, entretanto, a omissão estatal quanto a situação extremamente degradante a qual se encontra a população LGBT é inaceitável. Em razão disso, o Poder Judiciário tem tomado a frente da problemática e várias decisões vem sendo proferidas, na tentativa de garantir um mínimo de dignidade a esse grupo.

Ao longo do artigo, constatou-se que, apesar de todas as garantias fundamentais contidas na CRFB/88 e em outros diplomas infraconstitucionais que surgiram, como, por ex., a Resolução Conjunta nº1e a adesão do Brasil aos Princípios de Yogyakarta, não foram suficientes para minimizar as constantes violações aos direitos dessas pessoas.

A sociedade patriarcal em que vivemos e a adesão ao modelo binário de gênero, enraizado principalmente no sistema de execução penal e nas penitenciárias brasileiras, tem dificultado a busca por soluções eficazes à essa problemática.

Ressalta-se que, apesar da criação de alas especiais destinadas a população LGBT em alguns presídios pelo Brasil, tal solução acabou por trazer novos problemas que precisam ser duramente combatidos, como por ex., o caso do complexo penitenciário São Joaquim de Bicas II, localizado no estado de Minas Gerais, que, conforme exposto no presente trabalho, tem sido alvo de sérias denúncias, em razão de homens cisgêneros que tem se declarado “gays” ou “trans” apenas para ingressarem nessas alas especiais e cometerem diversos abusos, incluindo estupro, com relação aos detentos verdadeiramente LGBT’s.

É evidente que o sistema de execução penal brasileiro é deficitário e desumano em inúmeros aspectos, não só com a população trans, mas com todos que se encontram inseridos nele.

A intenção do artigo é propor uma reflexão sobre as questões de gênero na sociedade como um todo, não apenas no que tange as dificuldades enfrentadas no sistema de execução

penal.

Entretanto, a abordagem jurídica principal foi feita com base nas seríssimas violações que essas pessoas vem sofrendo ao ingressarem no sistema prisional, e é preciso dar notoriedade à essa problemática para que as três esferas de poderes reajam, atuando para garantir o núcleo de direitos fundamentais que é intrínseco a qualquer ser humano.

As recentes decisões proferidas pelos Tribunais Superiores e expostas ao longo do referido artigo, podem ser encaradas como avanços consideráveis, pois servem para dar visibilidade à todo esse cenário desumano que precisa ser duramente combatido, principalmente pelos operadores do direito, os quais, em tese, tem a função de garantir o cumprimento fiel da lei e dos valores fundamentais contidos no bojo da CRFB/88.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Paulo. *Transexuais sofrem agressões e abusos dentro de penitenciárias*. Disponível em: <https://odia.ig.com.br/_conteudo/noticia/rio-de-janeiro/2015-04-14/transexuais-sofrem-agressoes-e-abusos-dentro-de-penitenciarias.html/>. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Regras mínimas das Nações Unidas para tratamento dos presos*. Brasília, DF, 2016a, Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 mar. 2019.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 24 mar. 2019.

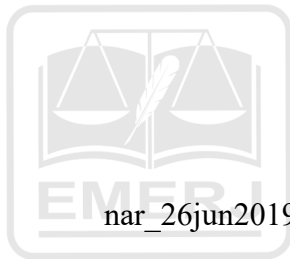
_____. *Resolução Conjunta nº 1*, de 15 de abril de 2014. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 abr. de 2014. Acesso em: 24 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 497.226*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF5_27_liminar_26jun2019.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4275*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 527*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF527_lim



nar_26jun2019.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 152.491*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5341940>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RE n° 477.554 AgR*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BBC. *Discriminação nos presídios: Com pratos marcados e rejeitados por facções, presos LGBT sofrem com rotina de segregação*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47376077>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Lei de Execução Penal*. 7. ed. rev. atualizada e amp. Juspodivm, 2018.

IBCCRIM. *Mulheres transexuais e travestis no sistema penitenciário: a perda da decência humana e do respeito aos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5730-Mulheres-transexuais-e-travestis-no-sistema-penitenciario-a-perda-da-decencia-humana-e-do-respeito-aos-Direitos-Humanos/>. Acesso em: 18 jul. 2019.

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos*. Brasília: Autor, 2012. Disponível em: <https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989>. Acesso em: 24 abr. 2019.

JUSBRASIL; *Assassinatos de travestis e transexuais é o maior em dez anos no Brasil*. Disponível em: <<https://agencia-brasil.jusbrasil.com.br/noticias/538649072/assassinatos-de-travestis-e-transexuais-e-o-maior-em-dez-anos-no-brasil?ref=serp>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

LAGO, Natália; ZAMBONI, Marcio. Políticas sexuais e afetivas da prisão gênero e sexualidade em contextos de privação de liberdade. In: *40º encontro anual da Anpocs - Spg 13: estudos em antropologia do direito, sociologia da punição e encarceramento: discutindo o sistema prisional e socioeducativo no Brasil*, 2016. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/papers-40-encontro/spg-3/spg13-3/10052-politicas-sexuais-e-afetivas-da-previsao-genero-e-sexualidade-em-contextos-de-privacao-de-liberdade/fle>. Acesso em: 18 jul. 2019.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em 18 jul. 2019.

SAIBAMAIS. *Transgêneros, os invisíveis do cárcere*. Disponível em: <<https://www.saibamais.jor.br/transgeneros-os-invisiveis-do-carcere-o-cumprimento-de-pena-para-os-trans-no-rn/>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

SISNANDO, Jessika. *Transsexual sofre abusos em celas masculinas de presídio*. Disponível em: <<https://www20.opovo.com.br/app/opovo/cotidiano/2015/10/02/noticiasjornalcotidiano,3>>



513246/transexual-sofre-abusos-em-celas-masculinas-de-presidio.shtml/>. Acesso em: 18 jul. 2019.

KIEFER, Sandra. *Homossexuais contam abusos que sofriram em prisões sem separação*. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/11/25/interna_gerais,593189/uma-questao-de-respeito.shtml/>. Acesso em: 18 jul. 2019.



DIREITO HUMANO À SEGURANÇA ALIMENTAR: EFETIVIDADE NA CONDIÇÃO DE ESCASSEZ DE ALIMENTAÇÃO ADEQUADA PARA A POPULAÇÃO BRASILEIRA

Keicy dos Santos Cople Lima

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

Resumo – O direito humano à segurança alimentar está diretamente relacionado com a saúde da população, uma vez que é um direito fundamental social previsto na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor. A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais. Objetiva-se compreender os direitos fundamentais dos consumidores relacionados com a saúde da população, provenientes da ingestão de alimentos seguros, os deveres do Estado e dos fornecedores de produtos e a manutenção do acesso regular e permanente à alimentação adequada. Assim, o Brasil tem caminhado para instaurar políticas públicas para alcançar a segurança alimentar e coibir práticas não adequadas realizadas pelos comerciantes e produtores.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Direito à Saúde. Segurança Alimentar. Direito à Alimentação Adequada. Direito à Informação.

Sumário – Introdução. 1. Direito fundamental à saúde e a segurança alimentar e nutricional. 2. Direito à informação adequada, suficiente, verdadeira e o Código de Defesa do Consumidor. 3. Obrigação do Estado e dos produtores e comerciantes em oferecer a sociedade o acesso regular e permanente à alimentação adequada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho aborda a importante temática do direito humano à segurança alimentar que está diretamente relacionado com a saúde da população, uma vez que é um direito fundamental social previsto na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor.

Objetiva-se compreender os direitos fundamentais dos consumidores relacionados com a saúde da população, provenientes da ingestão de alimentos seguros, os deveres do Estado e dos fornecedores de produtos e serviços e a manutenção do acesso regular e permanente à alimentação adequada.

O acesso à alimentação adequada, abarcado pelo direito à saúde, no Brasil vem assegurado por princípios de ordem constitucional. Assim, o consumidor tem direito à vida, à saúde, à segurança, educação e ao consumo de alimentos seguros.

As sociedades sempre estiveram preocupadas em garantir a autossuficiência no abastecimento do mercado interno e assegurar a ingestão de alimentos seguros e livres de perigo

à saúde do consumidor. Para ampliar o entendimento do tema, procura-se apresentar a necessidade de ação de promoção a segurança alimentar e nutricional para a população brasileira.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho demonstrando a relação do direito fundamental à saúde previsto na Constituição Federal, com a segurança alimentar e o direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade e em quantidade suficiente.

No segundo capítulo, segue-se com a promoção da saúde da população brasileira, o direito à informação adequada, suficiente, clara e verdadeira, previsto no Código de Defesa do Consumidor.

No terceiro capítulo, procura-se mostrar a obrigação do Estado e dos fornecedores de produtos e serviços em oferecer alimentos seguros à população brasileira, evitando, assim, o quadro de insegurança alimentar e nutricional.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende a construção de conjecturas baseadas nas hipóteses, isto é, caso as hipóteses sejam verdadeiras, as conjecturas, também serão. Em outras palavras, este método tem por objetivo comprovar hipóteses ou rejeitá-las.

Assim, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, pois há a pretensão da utilização da bibliografia pertinente à temática analisada (legislação e doutrina), para sustentar o artigo.

1. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL

No Brasil, o direito à saúde é declarado como direito fundamental social no artigo 6º da Constituição da República¹. O artigo 196² da Carta Magna reconhece a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, e os artigos 194³ e 195⁴, da mesma acrescentam que os direitos relativos à saúde constituem um objetivo não somente do Estado, mas de toda a sociedade.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

²Ibid

³Ibid

⁴Ibid

A definição da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre saúde diz que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.⁵

A Emenda Constitucional nº 64 de 2010 acrescentou ao rol dos direitos fundamentais sociais o direito à alimentação. Mesmo sendo objeto de tratados internacionais, este direito não gozava de respaldo Constitucional.⁶ Entende-se como direitos fundamentais os direitos positivados, estabelecidos e reconhecidos pela Constituição Federal.⁷ O objetivo destes preceitos é a proteção e a garantia de diversos bens jurídicos que sejam considerados essenciais e primários das pessoas.

A respeito do acesso à alimentação adequada, Grassi Neto⁸ esclarece que “[...] no Brasil vem então assegurado por princípios de ordem constitucional. Assim, o consumidor tem direito à vida, à saúde, à segurança educação e ao consumo de alimentos seguros [...]”.

O senso comum considera que a ingestão de alimentos seguros representam risco igual a zero. Enquanto, entre os especialistas, pode-se dizer como risco aceitável. A obtenção de um risco igual a zero é inalcançável, devido a diversidade de alimentos, a complexidade da cadeia de distribuição e a natureza humana. Porém, deve-se buscar reduzir ao máximo a contaminação alimentar, com o objetivo de alcançar o risco aceitável.

Segundo Forsythe⁹:

Risco é a estimativa quantitativa e qualitativa, incluindo incertezas relacionadas, da probabilidade de ocorrência e gravidade de efeitos adversos à saúde em uma dada população com a identificação do perigo (biológico, químico e físico), da caracterização do risco e na avaliação de exposição.

O artigo 2º do Decreto-Lei nº 986/1969¹⁰, inciso I, dispõe que “alimento: toda substância ou mistura de substâncias, no estado sólido, líquido, pastoso ou qualquer outra forma adequada, destinadas a fornecer ao organismo humano os elementos normais à sua formação, manutenção e desenvolvimento”.

⁵BRASIL, Organização Mundial da Saúde. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 23 abr. 2019.

⁶BRASIL. *Emenda Constitucional nº 64*, de 4 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸ GRASSI NETO, Roberto. *Segurança alimentar: Da produção agrária à proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.40.

⁹ FORSYTHE, Stephen J. *Microbiologia da Segurança Alimentar*. Porto Alegre: Artmed, 2007. p.351-352.

¹⁰BRASIL. *Decreto-lei nº 986*, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0986.htm> Acesso em: 26 mar. 2019.

Destaca-se que os alimentos têm a finalidade de fornecimento de energia e nutrientes ao corpo humano necessários a manutenção e formação de tecidos e regulação do funcionamento dos órgãos. A constituição dos alimentos é formada, principalmente, de carbono, oxigênio, hidrogênio e nitrogênio e outros elementos em quantidades menores.

Quanto à composição química dos alimentos, classifica-se em macro e micronutrientes. Os primeiros se referem a glicídios ou carboidratos, proteínas, lipídios ou gorduras e água. Os segundos são representados por vitaminas e sais minerais.

De acordo com Grassi Neto¹¹ “as sociedades sempre estiveram preocupadas em garantir a autossuficiência no abastecimento do mercado interno e assegurar a ingestão de alimentos seguros e livres de perigo a saúde do consumidor. Havendo assim, necessidade de promover a segurança alimentar e nutricional (SAN).”

Nos idos de 70, o conceito de segurança alimentar, firmado na Conferência de Roma, perante a Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (FAO)¹², “foi definido como a garantia de adequado suprimento alimentar mundial para sustentar a expansão do consumo e compensar eventuais flutuações na produção e nos preços.” Abarcava, assim, principalmente, países e o foco era o problema de abastecimento em nível global. Já na década de 80 a FAO acrescentou a este conceito a garantia do acesso às pessoas de maneira física e econômica à alimentação necessária para o suprimento de suas necessidades básicas. Ainda nesta época, o Banco Mundial emitiu um relatório¹³ diferenciando o conceito de insegurança alimentar transitória, ocorre quando há desastres ambientais, por exemplo, e insegurança alimentar crônica, ligada a pobreza contínua e os baixos salários.

A portaria 710 de 10 de junho de 1999 do Ministério da Saúde¹⁴ prevê que:

O conceito de segurança alimentar que, anteriormente, era limitado ao abastecimento, na quantidade apropriada, foi ampliado, incorporando também o acesso universal aos

¹¹ GRASSI NETO, Roberto. Segurança alimentar, biotecnologia e política agrária. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, 2013. n.º.9, p.69

¹² BRASIL, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA AGRICULTURA E ALIMENTAÇÃO – FAO; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – OMS. *World Food Security: a Reappraisal of the Concepts and Approaches*. Director General’s Report. Roma: FAO, 1983. Disponível em: <http://www.ipcinfo.org/attachments/easf_pb_issue2_fs_response.pdf>. Acesso em: 21 de abr. de 2019.

¹³ “Food security has to do with access by all people only slowly. This report deals with how the second at all times to enough food for an active and healthy difficulty can be addressed, at least in part, through life” (BANCO MUNDIAL). *Poverty and hunger: Issues and Options for Food Security in Developing Countries*. Washington DC: World Bank, 1986, p. V. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1999/09/17/000178830_98101901455676/R/endered/PDF/multi_page.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2019.

¹⁴BRASIL. *Portaria n.º 710*, de 10 de junho de 1999. Disponível em:<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/388704/PORTARIA_710_1999.pdf/b28dc77e-6a8d-48b2-adad-ae7bdc457fc3> Acesso em: 20 abr. 2019

alimentos, o aspecto nutricional e, conseqüentemente, as questões relativas à composição, à qualidade e ao aproveitamento biológico.

Assim, entende-se como segurança alimentar o acesso físico e econômico a todo instante da população a alimentos seguros, nutritivos que garantem a satisfação das necessidades dietéticas e suas preferências alimentares para que estas levem vidas ativas e saudáveis. Não se deve limitar a ideia de segurança alimentar. Em outras palavras, não basta que se atenda as exigências da oferta do mercado, quanto ao atendimento das exigências quantitativas, é necessário que os alimentos sejam seguros, nutritivos e adequados ao consumo humano.

A segurança alimentar e nutricional (SAN) se tornou uma das estratégias para a promoção do desenvolvimento dos países. Segundo Maluf e Reis¹⁵:

A SAN se tornou uma das estratégias privilegiadas para se promover o desenvolvimento, e quando se constrói essa estratégia sob a ótica do Direito Humano à Alimentação (DHA), ela se depara com questões relacionadas à soberania alimentar, porque deve ser direito dos povos de decidir sobre a sua alimentação.

A SAN abrange diversas dimensões da vida das pessoas, da sociedade, dos grupos sociais e países. As manifestações mais graves de insegurança alimentar encontradas no Brasil são a fome e a desnutrição.

As desigualdades sociais foram postas historicamente à população de maneira que apesar da grande produção de alimentos no Brasil, ainda existem pessoas que vivem na extrema pobreza e sem ter como prover o alimento de cada dia. Sofre-se, assim, com a escassez de alimentação adequada e a violação de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Segundo a Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006)¹⁶, a segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras da saúde, que respeitam a diversidade cultural e que sejam, social, econômica e ambientalmente sustentáveis.

¹⁵ MALUF, Renato S. REIS, Marcio Carneiro dos. Segurança Alimentar e Nutricional: perspectivas conceituais e metodológicas. In: ROCHA, Cecília. BURLANDY, Luciene. and MAGALHÃES, Rosana. orgs. *Segurança alimentar e nutricional: perspectivas, aprendizados e desafios para as políticas públicas*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013 [e-book]

¹⁶BRASIL. *Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

2. DIREITO À INFORMAÇÃO ADEQUADA, SUFICIENTE, VERDADEIRA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A ideia de segurança alimentar surgiu como sinônima de segurança nacional. Em outras palavras, segurança alimentar estava intimamente ligada à capacidade de produção de alimentos pelos Estados. Posteriormente, após a criação da FAO (Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura), houve ampliação em seu significado. Segurança alimentar passou a ser reconhecida como um dos direitos humanos básicos.

A Constituição Federal de 1988¹⁷ elencou diversos direitos fundamentais em seu texto. No artigo 5º, incisos XIV e XXXIII¹⁸, há a previsão do direito fundamental à informação, *in verbis*:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Esses incisos foram regulamentados em âmbito infraconstitucional pelo Código de Defesa do Consumidor¹⁹. Estes significam que todos possuem acesso à informação e garantem que os órgãos públicos ofereçam as informações adequadas de interesse particular ou coletivo dos cidadãos.

Todos os cidadãos são considerados consumidores de forma direta ou indireta. Então, assuntos referentes aos consumidores passam a ser de interesse de toda a população brasileira. O ato de consumir está presente no dia-dia das pessoas, portanto, o tem alta relevância jurídica e social. Por isso, o direito à informação vem atender as necessidades diárias dos cidadãos. As pessoas têm o direito de saberem o que estão consumindo.

O Código de Defesa do Consumidor²⁰, assim como a Constituição²¹, é um diploma legal baseado em princípios e normas jurídicas que têm por objetivo a proteção ampla dos consumidores, garantindo-lhes direitos a fim de balancear a relação jurídica entre consumidor e fornecedor.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸ Ibid

¹⁹BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

²⁰Ibid

²¹ BRASIL, op. cit., nota 17



O artigo 3º da norma infraconstitucional citada descreve que fornecedor é²²:

toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Neste mesmo sentido, o diploma de proteção ao consumidor em seu artigo 4º criou a Política Nacional de Relações de Consumo (PNRC), cabe destacar uma parte deste²³:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

- I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
- II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor.

Segundo Grassi Neto²⁴, “o objetivo da PNRC é o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como harmonia das relações de consumo”.

A fim de resguardar o consumidor, foi previsto o direito à informação que foi implementado pelo CDC (Código de Defesa do Consumidor)²⁵. Segundo Ferreira²⁶, “a informação é considerada como dados acerca de alguém ou de algo”.

Considera-se que a informação deverá ser objetiva, certa, eficaz, suficiente, veraz e não induzir em erro, em outras palavras, o importante é que a informação seja oferecida em tempo e local oportunos, na forma adequada para que produza benefícios ao consumidor²⁷.

Conforme Calero²⁸, “o direito à informação dos consumidores deve produzir-se num momento anterior ao ato de aquisição, utilização ou desfrute que aqueles dispõem a realizar e em consideração ao qual lhes outorga os Estatutos de consumo”.

²² BRASIL, op. cit., nota 19

²³ Ibid

²⁴ GRASSI NETO, op. cit., 2013. p.196.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 19

²⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*, O Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro. Positivo, 2018.

²⁷ VAZ, Caroline. *Direito do consumidor à segurança alimentar e responsabilidade civil*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2015.p.66.

²⁸ CALERO, Juan Gómez. *Los derechos de los consumidores y usuarios*. Madrid: Dykinson, 1994. p. 139.

Segundo Lôbo²⁹, “o dever de informar tem raiz no tradicional princípio da boa-fé objetiva, significante da representação que um comportamento provoca no outro”. A boa-fé objetiva é um princípio estabelecido pelo Código Civil que deve ser norteador nas relações jurídicas assentadas em negócios jurídicos, assim prevê o artigo 113 do mencionado diploma legal: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração³⁰”.

Este princípio nada mais é que um modelo de conduta social, ou seja, um padrão ético que direciona o cidadão a buscar agir, em suas relações, com honestidade lealdade e probidade. Evita-se, assim, que se caia em erro, em outras palavras, a boa-fé objetiva tem por meta que as relações jurídicas, dentre elas as consumeristas, sejam claras e transparentes.

O princípio da transparência está intimamente ligado à informação, Grassi Neto³¹:

O princípio da transparência é uma ideia de que todo o proceder dos partícipes-fornecedores deva ser orientado no sentido de serem colocados à disposição do consumidor informações adequadas sobre o produto fornecido ou o serviço prestado, objeto do potencial negócio jurídico a ser celebrado entre fornecedor e o consumidor, espelhando a retidão no proceder, a lealdade e o respeito recíprocos, característicos da boa-fé objetiva.

Caramés³² afirma que “uma das causas que tem enfraquecido o consumidor é a falta de transparência do mercado, em outras palavras, a falta de informação adequada e suficiente que este lhe proporciona”.

A falta de informação e transparência transforma o consumidor em refém dos fornecedores, pois, aquele acaba, por muitas vezes, adquirindo bens, produtos ou serviços, ou, até mesmo, condições que claramente rechaçariam se tivessem acesso a uma informação mais ampla e eficaz.

O CDC em seu artigo 31, *caput*, prescreve como um dever fundamental dos fornecedores o oferecimento de informação clara e adequada aos consumidores, cabe destacá-lo³³:

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.º.37, p. 59-61, jan. /mar. 2001.

³⁰ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 31 jul. 2019.

³¹ GRASSI NETO, op. cit., 2013. p.197-198.

³² CARAMÉS, Javier Guillén. *El Estatuto Jurídico del Consumidor*. Madrid: Civitas, 2002. p. 336.

³³ BRASIL, op. cit., nota 19

A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores³⁴.

O direito positivo brasileiro estabeleceu que uma das formas para alcançar o oferecimento de informação aos consumidores é através dos rótulos e embalagens dos alimentos. Em outras palavras, os rótulos e embalagens seriam ferramentas previstas pelo ordenamento jurídico pátrio para implementar o direito fundamental da informação.

O Decreto-Lei nº 986 de 1969 traz em seu artigo 2º, incisos XII e XIII, o que seria considerado como rótulo e embalagem para o direito brasileiro ³⁵:

XII - Rótulo: qualquer identificação impressa ou litografada, bem como os dizeres pintados ou gravados a fogo, por pressão ou decalcação aplicados sobre o recipiente, vasilhame envoltório, cartucho ou qualquer outro tipo de embalagem do alimento ou sobre o que acompanha o continente;
XIII - Embalagem: qualquer forma pela qual o alimento tenha sido acondicionado, guardado, empacotado ou envasado;

Assim, a imposição aos fornecedores de colocarem rótulos e embalagens nos produtos tenta trazer maior segurança aos consumidores, pois nestes instrumentos devem estar as informações necessárias dos produtos que são oferecidos.

Em relação aos produtos alimentícios, destaca-se que esta imposição do ordenamento está relacionada a segurança alimentar, pois, visa a precaução do risco alimentar. Em outras palavras, deve-se constar nos rótulos e embalagens informações suficientes que declarem ao consumidor os nutrientes que compõem os alimentos e se estes podem causar algum tipo de risco à saúde dos consumidores. Portanto, estes instrumentos, devem trazer segurança alimentar a população brasileira, esclarecendo-a de forma adequada, suficiente e verdadeira.

3. OBRIGAÇÃO DO ESTADO E DOS PRODUTORES E COMERCIANTES EM OFERECER A SOCIEDADE O ACESSO REGULAR E PERMANENTE À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

Segundo Melo³⁶, segurança alimentar está associada ao poder aquisitivo da população, ao seu crescimento econômico, a melhor distribuição de renda e a redução da pobreza. Portanto, é necessário que o país tenha uma boa produção de alimentos e que os disponibilize para a po-

³⁴ Ibid

³⁵ BRASIL. *Decreto-lei nº 986*, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0986.htm> Acesso em: 07 ago. 2019.

³⁶ MELO, Lucas Fonseca. A Ilícitude do Ato de Destruir Alimentos: A Função Social Aplicada aos Gêneros Alimentícios. In: Neves, Helena Telino. *Direito à Alimentação e Segurança Alimentar*. Curitiba: Juruá, 2017. p.192

pulação e esta tenha poder aquisitivo suficiente para adquirir os alimentos produzidos. Deve haver o acesso estável e permanente a alimentos saudáveis, seguros e sadios, em quantidade suficiente, produzidos de forma sustentável e sem prejuízo de outros direitos. Segundo Mori³⁷:

o direito da alimentação para melhor entendimento e estudo como instrumento de promoção da segurança alimentar, deve englobar a garantia de uma alimentação segura e livre de perigos (*food safety*) e a garantia de uma alimentação propriamente dita (*food security*) fornecendo nutrientes essenciais e energia para a sustentação de uma alimentação saudável.

Em outras palavras, a expressão *food safety* é utilizada quando há questões que envolvem higiene e salubridade dos alimentos, já a expressão *food security* é usada quando se discute questões relativas a garantia do direito à alimentação, combate à fome e implementação de políticas públicas³⁸.

Quando não há o acesso da população a alimentos nas condições citadas a cima, ocorre a insegurança alimentar. Entende-se como insegurança alimentar a não realização, implementação do direito à alimentação. Normalmente, a insegurança alimentar se materializa nas formas da desnutrição e da fome. Segundo a ONU³⁹ “a fome aparece quando uma pessoa é incapaz de consumir alimentos suficientes para manter um estilo de vida normal e ativo durante um período prolongado. Assim, 113 milhões de pessoas passam fome no mundo”. Considera-se a desnutrição como uma doença que acarreta *déficit* de nutrientes e energia e possui estreita ligação com a pobreza.

Busca-se combater e evitar o quadro de insegurança alimentar através de políticas públicas implementadas pelo Estado. Segundo Magalhães, Burlandy e Frozi⁴⁰ “políticas públicas envolvem não só as ações formuladas por autoridades governamentais, mas também as iniciativas e práticas, governamentais ou não, capazes de impactar a coletividade.”

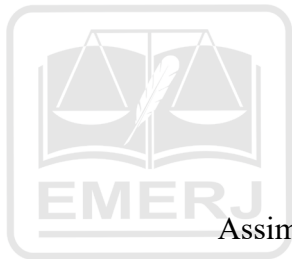
Destaca-se que o Brasil, nas últimas décadas, foi marcado pelo grande esforço governamental para a promoção da segurança alimentar e nutricional (SAN), esforço este que envolveu ação conjunta do governo e de organizações da sociedade civil.

³⁷MORI, Amaury Haruo. O Direito Administrativo da Alimentação como Restrição Protetiva de Direitos Fundamentais. In: *Ibid.*, p.10

³⁸ MANNING, Louise; SOON, Jan Mei. Food safety, food fraud and food defense: A fast evolving literature. *Journal of Food Science*. 2016. v.81, nº4, p.R.823-R.834

³⁹BRASIL. Organização das Nações Unidas. *Fome aguda afeta 113 milhões de pessoas no mundo*. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/fome-aguda-afeta-113-milhoes-de-pessoas-no-mundo-diz-relatorio-da-onu/> > Acesso em: 03 set. 2019.

⁴⁰ MAGALHÃES, Rosana; BURLANDY, Luciene; FROZI, Daniela Sanches. Programas de Segurança Alimentar e Nutricional: Experiências e Aprendizados. In: ROCHA, Cecília; BURLANDY, Luciene. and MAGALHÃES, Rosana. orgs. *Segurança alimentar e nutricional: perspectivas, aprendizados e desafios para as políticas públicas*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013 [e-book]



Assim afirmam Magalhães, Burlandy e Frozi⁴¹ “dois dispositivos legais no país se destacam no processo de consolidação de uma dada institucionalidade estatal no campo da SAN. O primeiro é a Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional⁴² e o segundo a Emenda Constitucional n° 64”.⁴³

Estas normas supramencionadas obedecem aos princípios da universalidade, da autonomia e o respeito à dignidade humana, da participação social e da transparência. Em outras palavras, busca-se através destes dispositivos legais a implementação de políticas públicas efetivas que atinjam toda a população brasileira e aumentem sua qualidade de vida através do acesso amplo aos alimentos necessários, saudáveis e seguros.

A Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional⁴⁴ (LOSAN) tem como principal característica promover o direito humano à alimentação adequada, além disso, esta lei incorpora ao direito brasileiro princípios já consagrados em pactos internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário. Pode-se afirmar que a LOSAN⁴⁵ representa um importante marco, pois passa a ser mais um instrumento disponível a população brasileira para se exigir o direito ao amplo acesso aos alimentos.

Segundo Magalhães, Burlandy e Frozi⁴⁶ “ao sancionar a LOSAN⁴⁷, o Estado brasileiro assume obrigações com o intuito de respeitar, proteger, promover, prover, fiscalizar e monitorar a SAN, por meio de uma política permanente que se estabelece além das mudanças de governo”.

A Emenda Constitucional n° 64⁴⁸, de igual modo, também tem um importante papel na promoção da segurança alimentar e nutricional. Chaves⁴⁹ afirma:

marcando-se o perfil da segurança alimentar no país, que além de visar à garantia da qualidade, ganhou aspecto nitidamente social, no sentido da necessidade de adoção de políticas públicas que visem garantir um mínimo existencial digno relativo ao consumo diário de alimentos, em imposição de caráter positivo para o Estado. Tal positividade constitucional explicitou a noção de direito humano à alimentação adequada, entendido como direito fundamental à alimentação saudável, fácil de ser conseguida, de qualidade, em quantidade suficiente, de modo permanente e regular, sustentável do ponto de vista ambiental.

⁴¹Ibid.

⁴²BRASIL. *Lei n° 11.346*, de 15 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

⁴³BRASIL. *Emenda Constitucional n° 64*, de 4 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 40.

⁴⁵Ibid.

⁴⁶MAGALHÃES; BURLANDY; FROZI, op. cit., nota 38.

⁴⁷BRASIL, op. cit., nota 40.

⁴⁸BRASIL, op. cit., nota 41.

⁴⁹CHAVES, Arthur Pinheiro. *O Direito à Segurança Alimentar no Brasil*. Disponível em: <http://www.idbfdul.com/uploaded/files/2012_02_0705.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

Em outras palavras, o direito à alimentação, com esta Emenda⁵⁰, passou a ter status constitucional, a integrar o rol de direitos e garantias fundamentais sociais.

Além das normas citadas, cabe destacar a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária através da Lei nº 9.782 de 1999⁵¹. O artigo 1º da referida Lei⁵² prevê:

o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária compreende o conjunto de ações definido pelo § 1º do art. 6º e pelos arts. 15 a 18 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, executado por instituições da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que exerçam atividades de regulação, normatização, controle e fiscalização na área de vigilância sanitária.

Segundo Germano e Germano⁵³ “ a ação do poder público é de capital importância, pois objetiva diminuir os riscos de transmissão de doenças por produtos alimentícios de má qualidade higiênico-sanitária”.

A criação da ANVISA foi de suma importância para a implementação de políticas que buscam a segurança alimentar. Esta agência reguladora, como foi destacado a cima, tem por objetivo a normatização e regulação através das resoluções (RDC) editadas e fiscalização. As RDCs além de possuírem caráter regulatório, também possui caráter educativo e orientador. Em outras palavras, a agência mencionada busca através de suas resoluções orientar, sobretudo, os produtores e comerciantes a adotar medidas que visem a segurança alimentar, há o incentivo para que os fornecedores disponibilizem aos consumidores alimentos saudáveis e seguros. Pode-se citar como exemplo de resolução orientadora editada pela ANVISA as RDCs nº 259⁵⁴ e 360⁵⁵. Estas preveem diretrizes para os comerciantes e produtores a respeito de promoverem a identificação e a informação sobre os produtos, rótulos e embalagens, para o conhecimento dos consumidores. A ANVISA, também, editou a RDC nº 216⁵⁶ que educa os fornecedores a como procederem de forma higiênica em seus estabelecimentos, no momento de manipulação dos alimentos e processamento destes, além da higiene dos trabalhadores envolvidos. Em outras

⁵⁰BRASIL, op. cit., nota 41.

⁵¹BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁵²Ibid.

⁵³GERMANO, Pedro Manuel Leal; GERMANO, Maria Izabel Simões. *Higiene e Vigilância Sanitária de Alimentos*. São Paulo: Varela, 2003. p. 3.

⁵⁴BRASIL. RDC nº 259, de 20 de setembro de 2002. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33864/284972/RDC_259.pdf/4696de69-2564-4853-8f5b-ff9cce800b7d> Acesso em: 17 set. 2019.

⁵⁵BRASIL. RDC nº 360, de 23 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/2568070/res0360_23_12_2003.pdf/5d4fc713-9c66-4512-b3c1-afee57e7d9bc> Acesso em: 17 set. 2019.

⁵⁶BRASIL. RDC nº 216, de 15 de setembro de 2004. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/388704/RESOLU%25C3%2587%25C3%2583O-RDC%2BN%2B216%2BDE%2B15%2BDE%2BSETEMBRO%2BDE%2B2004.pdf/23701496-925d-4d4d-99aa-9d479b316c4b>> Acesso em: 17 set. 2019.

palavras, a agência reguladora estabeleceu as boas práticas, que são técnicas de higiene que devem ser observadas pelos manipuladores desde a aquisição das matérias-primas até o fornecimento para o consumidor. Além disso, há a Portaria do Ministério da Saúde nº 1428⁵⁷ que estabeleceu o regulamento técnico para a inspeção sanitária nos estabelecimentos, afim que haja controle durante toda a cadeia produtiva dos alimentos, para garantir a segurança do produto final.

Sobre o papel fiscalizatório da ANVISA, afirmam Germano e Germano⁵⁸:

os alimentos são outra preocupação da vigilância sanitária. Mais do que nunca é necessário manter a fiscalização sobre os estabelecimentos que comercializam alimentos industrializados e *in natura*, bem como aqueles que servem refeições comerciais ou industriais. (...) A adequação, a conservação e a higiene das instalações e dos equipamentos, os responsáveis técnicos pelos estabelecimentos, a origem e a qualidade das matérias-primas e o grau de conhecimento e preparo dos manipuladores são imprescindíveis para garantir a segurança dos alimentos.

Assim, a vigilância sanitária deve exercer, em todos os estabelecimentos que trabalham com alimentos, a fiscalização para avaliar se os comerciantes e produtores estão seguindo as normas relativas as boas práticas. O não cumprimento das normas acarreta sanções, estas estão previstas no rol do artigo 2º da Lei 6.437 de 1977⁵⁹, *in verbis*:

sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis, as infrações sanitárias serão punidas, alternativa ou cumulativamente, com as penalidades de: I - advertência; II - multa; III - apreensão de produto; IV - inutilização de produto; V - interdição de produto; VI - suspensão de vendas e/ou fabricação de produto; VII - cancelamento de registro de produto; VIII - interdição parcial ou total do estabelecimento; IX - proibição de propaganda; X - cancelamento de autorização para funcionamento da empresa; XI - cancelamento do alvará de licenciamento de estabelecimento; XI-A - intervenção no estabelecimento que receba recursos públicos de qualquer esfera. XII - imposição de mensagem retificadora; XIII - suspensão de propaganda e publicidade

Portanto, o Brasil tem se esforçado em implementar políticas públicas através de edição de leis, resoluções e portarias para estabelecer os parâmetros da segurança alimentar e nutricional e promover o amplo acesso da população aos alimentos saudáveis e seguros, além de desempenhar papel fiscalizatório, a partir da ANVISA, para coibir práticas não adequadas por parte dos comerciantes e produtores.

⁵⁷BRASIL. Portaria nº 1428, de 26 de novembro de 1993. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/388704/Portaria_MS_n_1428_de_26_de_novembro_de_1993.pdf/6ae6ce0f-82fe-4e28-b0e1-bf32c9a239e0> Acesso em: 18 set. 2019.

⁵⁸ GERMANO; GERMANO, op. cit., nota 51. p.8

⁵⁹BRASIL, Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6437.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.

CONCLUSÃO

O presente estudo verificou que existe a necessidade de proteção dos direitos fundamentais sociais dos indivíduos, direitos positivados, estabelecidos e reconhecidos pela Constituição Federal. Destaca-se o direito à saúde e à alimentação adequada que são essenciais para a promoção da segurança alimentar.

O direito à alimentação não abrange apenas a garantia de acesso da população aos alimentos, mas também, a garantia que as pessoas consumam os nutrientes necessários em quantidade e qualidade. Em outras palavras, os alimentos oferecidos para consumo da população devem ser seguros e saudáveis.

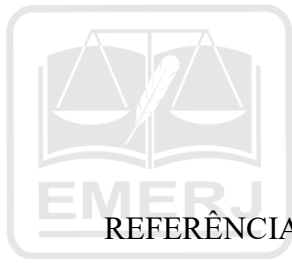
O Código de Defesa do Consumidor busca resguardar os consumidores através da previsão em seu texto legal da exigência do respeito, da saúde, da segurança, da informação, da transparência e da proteção aos interesses econômicos da população. Além disso, este diploma legal tenta harmonizar as relações de consumo.

Nas últimas décadas, o Brasil foi marcado pelo grande esforço governamental para a promoção da segurança alimentar e nutricional que se tornou uma das estratégias para alcançar o desenvolvimento do país.

A Organização das Nações Unidas tem como um dos objetivos de desenvolvimento sustentável, além de acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar, melhorar a nutrição. Assim, busca-se assegurar o acesso a alimentos seguros nutritivos e suficientes a todos os indivíduos.

Com o objetivo de cumprir a obrigação de oferecer a sociedade o acesso regular e permanente à alimentação adequada, o Estado Brasileiro, os produtores e comerciantes têm trabalhado para implementar as políticas públicas, através de edição de leis, resoluções e portarias que têm o intuito de respeitar, proteger, promover, prover, fiscalizar e monitorar a segurança alimentar e nutricional.

A finalidade de desempenhar ação regulatória, educativa e de fiscalização ficou a cargo da ANVISA, que estabeleceu diretrizes para os comerciantes e produtores fornecerem informação sobre os produtos alimentícios através dos rótulos e embalagens. Além disso, destaca-se que o não cumprimento das regras estabelecidas acarretam sanções impostas pela própria autarquia federal. Assim, o Brasil tem caminhado para instaurar políticas públicas para alcançar a segurança alimentar e coibir práticas não adequadas realizadas pelos comerciantes e produtores.



REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 31 jul. 2019.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. *Decreto-lei nº 986*, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0986.htm> Acesso em: 26 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: 23 mar. 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: 17 set. 2019.

_____. *Lei nº 11.346*, de 15 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 64*, de 4 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019.

_____. *Organização Mundial da Saúde*. Constituição da Organização Mundial da Saúde. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 23 abr. 2019.

_____. *Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação – FAO; Organização Mundial de Saúde – OMS*. World Food Security: a Reappraisal of the Concepts and Approaches. Director General's Report. Roma: FAO, 1983. Disponível em: <http://www.ipcinfo.org/attachments/easf_pb_issue2_fs_response.pdf>. Acesso em: 21 de abr. de 2019.

_____. *Organização das Nações Unidas*. Fome aguda afeta 113 milhões de pessoas no mundo. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/fome-aguda-afeta-113-milhoes-de-pessoas-no-mundo-diz-relatorio-da-onu/>> Acesso em: 03 set. 2019.

_____. *Portaria nº 710*, de 10 de junho de 1999. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/388704/PORTARIA_710_1999.pdf/b28dc77e-6a8d-48b2-adad-ae7bdc457fc3> Acesso em: 20 abr. 2019

_____. *Portaria nº 1428*, de 26 de novembro de 1993. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/388704/Portaria_MS_n_1428_de_26_de_novembro_de_1993.pdf/6ae6ce0f-82fe-4e28-b0e1-bf32c9a239e0> Acesso em: 18 set. 2019.

_____. *RDC nº 259*, de 20 de setembro de 2002. Disponível em: <
http://portal.anvisa.gov.br/documents/33864/284972/RDC_259.pdf/4696de69-2564-4853-8f5b-ff9cce800b7d> Acesso em: 17 set. 2019.

_____. *RDC nº 360*, de 23 de dezembro de 2003. Disponível em: <
http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/2568070/res0360_23_12_2003.pdf/5d4fc713-9c66-4512-b3c1-afee57e7d9bc> Acesso em: 17 set. 2019.

_____. *RDC nº 216*, de 15 de setembro de 2004. Disponível em: <
<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/388704/RESOLU%25C3%2587%25C3%2583ORDC%2BN%2B216%2BDE%2B15%2BDE%2BSETEMBRO%2BDE%2B2004.pdf/23701496-925d-4d4d-99aa-9d479b316c4b>> Acesso em: 17 set. 2019.

CALERO, Juan Gómez. *Los derechos de los consumidores y usuarios*. Madrid: Dykinson, 1994.

CARAMÉS, Javier Guillén. *El Estatuto Jurídico del Consumidor*. Madrid: Civitas, 2002

CHAVES, Arthur Pinheiro. *O Direito à Segurança Alimentar no Brasil*. Disponível em:
http://www.idbful.com/uploaded/files/2012_02_0705.pdf. Acesso em: 16 set. 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*, O Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro. Positivo, 2018.

FORSYTHE, Stephen J. *Microbiologia da Segurança Alimentar*. Porto Alegre: Artmed, 2007.

GERMANO, Pedro Manuel Leal; GERMANO, Maria Izabel Simões. *Higiene e Vigilância Sanitária de Alimentos*. São Paulo: Varela, 2003.

GRASSI NETO, Roberto. *Segurança alimentar: Da produção agrária à proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Segurança alimentar, biotecnologia e política agrária. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v.III, nº.9, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº.37, jan. /mar. 2001.

MANNING, Louise; SOON, Jan Mei. Food safety, food fraud and food defense: A fast evolving literature. *Journal of Food Science*. v.81, nº4. 2016.

NEVES, Helena Telino. *Direito à alimentação e segurança alimentar*. Curitiba: Juruá, 2017.

ROCHA, Cecília; BURLANDY, Luciene; MAGALHÃES, Rosana. orgs. *Segurança alimentar e nutricional: perspectivas, aprendizados e desafios para as políticas públicas*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

VAZ, Caroline. *Direito do consumidor à segurança alimentar e responsabilidade civil*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2015.



DIREITO E GÊNERO: ANÁLISE DA REPRESENTATIVIDADE FEMININA NO PODER JUDICIÁRIO

Laís Pereira Couto

Graduada pela Universidade Nova Iguaçu.

Resumo – o presente trabalho traz uma crítica ao cenário jurídico brasileiro e a ausência de mulheres nos Tribunais Superiores, mesmo que o ingresso das mesmas nas carreiras jurídicas aumente a cada período. Visa demonstrar a necessidade da composição plural de um Tribunal que vai realizar a interpretação de leis e julgamento dos casos concretos. Com uma pesquisa voltada a demonstrar que mesmo apresentando requisitos e excelência, a mulher é preterida e tem dificuldade de ascender dentro do Poder Judiciário, o que resta demonstrado pelo reduzido número de Ministras e Desembargadoras em nossos Tribunais.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Igualdade de gênero. Representatividade. Poder Judiciário.

Sumário – Introdução. 1. Breve evolução histórica do ingresso da mulher nos cargos no Poder Judiciário: a chegada da mulher nos órgãos de cúpula do Judiciário. 2. Uma análise dos motivos da dificuldade de ascensão da mulher nas carreiras jurídicas 3. Cenário de uma justiça patriarcal e seus prejuízos nos crimes contra a mulher. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema abordado diz respeito a um debate sobre o lugar da mulher no Poder Judiciário brasileiro. Serão abordados os aspectos referentes ao acesso das mulheres nas carreiras jurídicas e ainda que limitado, seu acesso aos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, esclarecendo como é importante a representatividade nesse âmbito, principalmente quando se trata da visão de determinados casos.

A dimensão quantitativa de mulheres no Judiciário vem aumentando, e ainda assim, seu acesso aos cargos de cúpula é mínimo, pela dificuldade de ocupar espaços historicamente ocupados por homens.

O estudo tem o intuito de fazer uma relação do ingresso das mulheres no Poder Judiciário com sua ascensão aos órgãos de cúpula, que é difícil, mesmo diante de merecimento e esforço próprio.

O presente artigo se baseia na presença limitada de mulheres nos órgãos dos Tribunais Superiores, em cargos que não há ingresso por prova e sim por indicação, levando a

questionar se os são indicados e posteriormente aprovados apenas por suas habilidades demonstradas.

Busca-se demonstrar que a presença feminina nos órgãos de alta cúpula pode viabilizar uma renovação nos entendimentos atuais, trazer uma atuação diferente, visando o equilíbrio social dentro do âmbito jurídico.

No primeiro capítulo, será traçada uma breve evolução histórica do acesso da mulher aos cargos no Poder Judiciário. Serão utilizados dados dos últimos concursos da magistratura do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro e da formação do Superior Tribunal de Justiça ao longo dos anos de existência.

No capítulo dois, tenta-se falar sobre qual o papel do gênero na sociedade, visando demonstrar a influência da estruturação gerada na sociedade para influenciar no papel de homens e mulheres na sociedade.

Por fim, no terceiro capítulo, haverá uma demonstração de casos e dados de crimes cometidos contra mulheres, para observância prática da importância de um Judiciário plural, com diversidade, visando que as leis sejam aplicadas de forma desigual para os desiguais. Demonstrando, através disso, a importância da mulher em determinadas temáticas.

A metodologia utilizada é a qualitativa, valendo-se de uma análise bibliográfica tanto de artigos científicos sobre a temática quanto de decisões judiciais; e a de análise de dados, ou seja, as decisões judiciais selecionadas e editais de concurso.

1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INGRESSO DA MULHER NOS CARGOS NO PODER JUDICIÁRIO

O censo do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) do ano de 2018¹ sobre o perfil dos magistrados no Brasil demonstra que o Poder Judiciário ainda é majoritariamente composto por homens brancos, católicos, casados e com filhos. A pesquisa traz dados da distribuição por sexo da magistratura brasileira demonstrando o crescimento do ingresso das mulheres no cargo.

¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros*. 2018. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/5d6083ecf7b311a56eb12a6d9b79c625.pdf> >. Acesso em: 03 nov. 2019.

Esses dados apresentam que antes de 1990, o percentual de mulheres na magistratura era em torno de 25%. No período de 1991 até 2000, esse número aumentou para 40%. Vindo, no período de 2001 até 2010 a ficar em 41% e depois de 2011 decaiu para 37%.

No ano de 1960, ingressavam as primeiras magistradas no Estado do Rio de Janeiro: Áurea Pimentel Pereira e Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues².

De acordo com a análise realizada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo como base os últimos concursos realizados, o número de magistradas que ingressam no Tribunal é crescente. Ressalta-se, contudo, que esse crescimento não é uma constante. Seguem os dados coletados no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça³:

No XLIII Concurso, o percentual de representação feminina foi de 41% (15 aprovadas). No XLIV, esse percentual subiu para 48% (10 aprovadas). Nos seguintes, XLV obteve 55% (15 aprovadas), no XLVI foram 36% (13 aprovadas) e no XLVII o percentual foi de 47% (9 aprovadas).

O Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição de 1988, sendo instalado em 1989, tendo como base o extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR).

Ele será composto por, no mínimo, 33 ministros, dispondo a Constituição em seu artigo 104⁴ sobre os critérios de nomeação. De acordo com o referido artigo, o cargo deve ser preenchido por brasileiros com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Em seus 30 anos de existência, o STJ contou com a presença de 8 ministras, estando atualmente 2 aposentadas. Sendo assim, é notável que quanto mais alto o cargo, menor é o número de mulheres.

A primeira mulher a compor o STJ foi a juíza Eliana Caimon Alves, que o fez nos anos de 1999 a 2013. Temos em exercício as ministras Fátima Nancy Andrighi (1999), Laurita Hilário Vaz (2001), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2006), Maria Isabel Diniz

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Dia da Mulher: o poder feminino na justiça do Rio*. Notícia. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6232994>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Notícia. *Concurso - Magistratura*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/concursos/magistratura/magistratura>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

⁴ BRASIL. *Constituição da República*. “Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros. Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2019.

Gallotti Rodrigues (2010), Assusete Dumont Reis Magalhães (2012) e Regina Helena Costa (2013).

Por ser um tribunal de instância superior que profere importantes decisões, formando paradigmas para os Juízes de Primeira Instância é de suma importância que o STJ seja um tribunal plural, que represente efetivamente a diversidade da população.

Fragalle Filho⁵ afirma que:

[...] mesmo em espaços conquistados pelas mulheres, as cúpulas de poder permaneceriam ainda dentro da lógica de uma cultura patriarcal, masculina. No judiciário, é assim que ainda é. Na base da carreira seria significativo o número de magistradas, cujo ingresso vem reiteradamente superando o quantitativo masculino, sem que essa alteração de perfil tenha impacto sobre as instâncias superiores e, em especial, os cargos providos por indicação [...]

Pode se observar ao longo deste estudo que o Estado se omite e ignora essa realidade do Poder Judiciário que, embora os requisitos legais para o alcance de cargos superiores sejam objetivos, na prática não há igualdade, podendo o gênero ser um fator subjetivo de influência. Com o seu poder-dever, o Estado deveria efetivar o direito à igualdade e buscar o equilíbrio no Poder Judiciário. Para isso, são necessárias medidas que sirvam de instrumento para efetivar esse direito, como, por exemplo, a existência de ações afirmativas, como o projeto Equilibra⁶.

O projeto Equilibra foi inaugurado pelo STJ na Semana da Mulher no ano de 2018, sendo voltado à implementação de políticas para fomentar a participação feminina no Tribunal. Com relação às atividades administrativas, as pesquisas feitas pelo STJ demonstraram que o órgão vem apresentando números próximos de servidores homens e servidoras mulheres.

O Equilibra tem como objetivo alcançar o Poder Judiciário como um todo, em busca de equidade no quadro de servidores públicos, desde os cargos de técnico até Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

⁵ FRAGALE FILHO, Roberto; MOREIRA, Rafaela Selem e SCIAMMARELLA, Ana Paula de Oliveira, « *Magistratura e gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro*. E-Cadernos CES [Online]. Dez 2015. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/eces/1968>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Em semana de homenagens à mulher, STJ lança programa Equilibra*. Notícia. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Em-semana-de-homenagens-%C3%A0-mulher,-STJ-lan%C3%A7a-programa-Equilibra>. Acesso em: 06 nov. 2019.

2. UMA ANÁLISE DOS MOTIVOS DA DIFICULDADE DE ASCENSÃO DA MULHER NAS CARREIRAS JURÍDICAS

No cenário das carreiras jurídicas, a forma de ingresso é feita através da realização de concursos públicos. Apesar do aumento significativo de mulheres, pode se observar que não é algo em todas as esferas, sendo principalmente deficiente nos Tribunais Superiores.

Para buscar algum tipo de explicação para tal cenário, é importante trazer a análise da desigualdade de gênero e das barreiras que impõe na ascensão das mulheres.

Joan Scott apresenta uma discussão sobre o conceito de gênero, trazendo como uma compreensão sobre as diferenças sexuais, que constroem significados culturais, influenciando as relações hierárquicas.

Nos dizeres da autora: “o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder. As mudanças na organização das relações sociais correspondem sempre a mudanças nas representações do poder, mas a mudança não é unidirecional.”⁷

Partindo desse conceito, são realizados diversos estudos sobre as formas de segregação das mulheres no mercado de trabalho, que são de certa forma invisíveis, mas podem ser perceptíveis quando analisadas atentamente com os dados quantitativos de mulheres em cargos hierárquicos.

Uma das formas de segregação é a vertical ou hierárquica, conhecida também como fenômeno do teto de vidro, que é conceituada como:

[...] a sub-representação de mulheres em cargos de maior responsabilidade: chefias, presidências, coordenação, gestão etc. Embora tenham alcançado níveis de qualificação similares aos dos homens – inclusive, superando-os em muitos casos –, as mulheres ainda enfrentam dificuldades para desenvolver carreiras profissionais que conduzam a postos de alta hierarquia em comparação aos seus colegas de trabalho. Assim, quanto maior o posto, maior é a desigualdade entre os gêneros.⁸

Além das barreiras acima expostas, essa sub-representação é consequência da menor velocidade com que as mulheres crescem na carreira, dificilmente atingindo as altas esferas de poder.

No cenário das carreiras jurídicas, pode ser observado que mesmo que venha a preencher os requisitos objetivos para ingresso nos Tribunais, ocorre uma estagnação na

⁷ SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995, p. 71-99.

⁸ KAHWAGE, Tharuell Lima; SEVERI, Fabiana Cristina. Para além de números: uma análise dos estudos sobre a feminização da magistratura. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 51-73, abr./jun. 2019. Disponível em: < http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p51 >. Acesso em: 03 nov. 2019.

primeira instância, ainda que apresentem currículo similar ou superior aos homens indicados a esses cargos.

Em algumas pesquisas, são apresentadas barreiras internas as mulheres em suas carreiras, sendo a desigualdade de gênero uma das abordagens principais, que fortalecem o ambiente de subordinação. São sempre reforçados os estereótipos de gênero, considerando presentes nas mulheres certas características que prejudicariam seu exercício profissional.

O campo jurídico é tradicionalmente masculino, o que só vem mudando recentemente. Sendo assim, certas características consideradas necessárias para bom exercício dos cargos públicos são equivocadamente atreladas a figura do homem, como por exemplo, firmeza, racionalidade, competitividade. São atribuídas às mulheres, além das características biológicas, a passividade, o olhar materno e o cuidado. Levando assim ao desdém da figura feminina, considerando essas características incompatíveis com o exercício da profissão.

As formas de discriminação são diversas e por vezes sutis, que são as chamadas multidiscriminações:

O termo “microdiscriminações” relaciona-se a diversas atitudes sutis que promovem um clima de trabalho adverso às mulheres e que, na prática jurídica, podem variar entre ser chamada de “querida” ou “meu anjo” por um juiz, ao passo que os advogados são chamados por seus nomes ou “doutor”; comentários depreciativos sobre a aparência de advogadas, ou observações sobre o peso ou a aparência de uma funcionária do tribunal.⁹

Um exemplo real dessa discriminação é a história de Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues, que foi a primeira mulher a ser nomeada desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no ano de 1983. Em uma entrevista, a mesma narrou sobre seu concurso:

[...]O fato se passou da seguinte maneira: eu estava aqui no Tribunal de Justiça...Então, era aqui... o da Guanabara. Quando entrando no plenário, o desembargador Narcélio de Queiroz – que era o examinador de Penal – saiu da banca e foi me receber naquela cancela da entrada e disse: “Olha, Maria Stella, eu vou fazer o impossível para lhe reprovar. Não tenho nada contra a sua pessoa, mas acho que não é cargo para mulher.”¹⁰

E na entrevista conta ainda sobre como foi sua nomeação no Tribunal após compor a lista de promoção sete vezes e ser preterida até ser escolhida pelo governador do Estado, que na época era Leonel Brizola.

⁹ Ibidem.

¹⁰ MENDES, Soraia da Rosa. *Processo Penal Feminista*. São Paulo. 2019. p. 4-5.

[...]Na sétima vez, eu entrei na lista, fiquei em primeiro lugar e confesso que não esperava a promoção porque meus outros dois colegas, além de serem representantes da magistratura masculina, tinham conhecimentos políticos que eu não tinha. E, qual não foi minha surpresa, o governador do Estado, então... Era o Dr. Leonel Brizola... Ele escolheu a mim. Fui promovida a desembargadora por merecimento e fui a primeira mulher desembargadora do novo Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro. A repercussão foi grande. Não sei nem se devo fazer constar isso, mas é um fato histórico. O presidente ficou – segundo eu soube – tão aborrecido com a minha promoção, que não me deu posse.

Ele se recusou a me dar posse e foi almoçar com o prefeito. Delegou poderes ao vice para que presidisse a sessão. Acontece que o vice era o meu padrinho. Então, eu tive que, na última hora, escolher um outro padrinho para tomar posse. Por aí, o senhor vê que era muito difícil a aceitação de uma mulher no Tribunal de Justiça. [...] ¹¹

Mostra-se também como consequência dessa discriminação o fato de que as mulheres têm que estar sempre demonstrando e reafirmando sua competência, suas qualificações e aptidão para o cargo que exerce. Em certa ocasião, a Ministra do Superior Tribunal Militar Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha tratou do assunto afirmando:

Ainda vivemos numa sociedade em que o predomínio masculino se faz sentir. Nosso esforço tem de ser redobrado, temos que provar todo o tempo que somos competentes. Na verdade, não queremos favores; queremos direitos que a Constituição consagra.¹²

Em virtude desse quadro de desigualdade evidente, o Superior Tribunal de Justiça em março de 2019 firmou uma cooperação com a ONU Mulheres Brasil, que tem como objetivo o desenvolvimento da equidade de gênero e também a promoção de ações para redução de desigualdade de gênero, raça e etnia no tribunal.

Esse acordo é o início de uma ação para que o Poder Judiciário seja o garantidor da democracia, enfrentando as desigualdades e assegurando os direitos e garantias das mulheres, o que foi marcado pela fala do Presidente do STJ durante a assinatura do acordo. Foi dito por João Otávio de Noronha: “é por meio do respeito e reconhecimento das diferenças que poderemos assegurar a efetiva isonomia de condições e direitos e permitir que a mulher participe, com todo seu potencial, das diversas esferas de poder.” ¹³

Em maio de 2019 foi realizado um evento promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira –

¹¹ Ibidem.

¹² TRAJETÓRIAS E DESAFIOS DAS MULHERES NO JUDICIÁRIO. Março 2019. Brasília. Disponível em: <<https://sindju.org.br/ministras-discutem-desafios-da-mulher-no-judiciario>>. Acesso em: 13 fev. 2020.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ e ONU Mulheres assinam memorando de entendimento para promover igualdade de gênero*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-02-28_19-53_STJ-e-ONU-Mulheres-assinam-memorando-de-entendimento-para-promover-igualdade-de-genero.aspx>. Acesso em: 06 mar. 2020.

Enfam, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – Enamat, com apoio da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, da Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe e da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra, o 1º Curso Nacional A Mulher Juíza: desafios na carreira e atuação pela igualdade de gênero.

Ao realizar sua palestra, a Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia afirmou que apesar da Constituição resguardar a igualdade, ainda há um forte cenário de desigualdade e discriminação contra a mulher, inclusive na magistratura. Defendendo que não podemos permitir que isso continue, apesar de não saber como, é imprescindível que a igualdade deva ser buscada.¹⁴

A desigualdade é resultado de uma construção social de longa data. Com essas ações do Judiciário, em conjunto com a luta de diversas mulheres, tem-se o objetivo de mesmo que a curtos passos, garantir que a cada geração essa disparidade venha a diminuir.

3. CENÁRIO DE UMA JUSTIÇA PATRIARCAL E SEUS PREJUÍZOS NOS CRIMES CONTRA A MULHER

No 13º Fórum de Segurança Pública foi elaborado o detalhado Anuário de Segurança Pública 2019, que contém, dentre outras informações, dados sobre os índices de criminalidade no Brasil.

Desse anuário, pôde ser obtida a informação de que a cada 2 minutos há um registro de violência doméstica, apresentando o número de 263.067¹⁵ lesões corporais dolosas no ano de 2018.

Em um país com números tão estarrecedores de violência doméstica, é evidente a necessidade de um Judiciário plural, que alcance seus objetivos institucionais tendo uma visão ampla dos casos apresentados diariamente de mulheres agredidas de inúmeras formas.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) surgiu para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e foi evoluindo ao longo dos anos, trazendo as medidas protetivas, que são grandes aliadas para garantir a proteção da mulher.

¹⁴ Palestra realizada pela Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha no Curso Nacional A Mulher Juíza no dia 15 de maio de 2019 em Brasília.

¹⁵ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 13º *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 2019. São Paulo, p. 116. Disponível em: < <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf> >. Acesso em: 23 set. 2019.

[...] A partir de sua promulgação, o debate sobre as desigualdades de gênero ganhou espaço nos campos do direito e da segurança pública. A Lei foi determinante ainda para a criação de serviços especializados para o atendimento a mulheres em situação de violência, que hoje existem em maior número no Brasil, embora ainda sejam insuficientes para cobrir todo o território nacional. Diante deste cenário, os operadores dos sistemas de justiça e segurança pública e os movimentos de mulheres reivindicam a ampla efetivação da Lei Maria da Penha e a atualização da doutrina jurídica para inclusão das inovações introduzidas por esse marco legal.¹⁶

Para a efetividade dessa lei, é necessário o fim do olhar patriarcal no âmbito do Poder Judiciário, dos agentes estatais. Deve ser valorizada a figura da mulher e reconhecida sua vulnerabilidade diante das situações de violência doméstica.

O que pode ser considerado empecilho para efetividade das políticas de segurança da mulher são as decisões judiciais machistas, que, apesar de hoje serem em menor número, ainda subsistem no nosso ordenamento, como pode ser demonstrado pelo julgado abaixo:

Apelação criminal. Lesão corporal no âmbito da violência doméstica e ameaça [...] Acusado que, de forma livre, consciente e voluntária, ofendeu a integridade corporal da vítima, sua companheira, mordendo-lhe a mão direita, causando lesão, e que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, ameaçou a vítima de causar-lhe mal injusto e grave, quando, de posse de uma pedra, disse que iria atirá-la na cabeça da mesma. Sentença absolutória fundada no princípio da intervenção mínima e de despenalização de conduta ilícita, haja vista a tentativa de retratação da representação da vítima e seu inequívoco perdão ao acusado e por não tratar a hipótese de lesão grave. Pretensão ministerial à reforma da sentença para que o apelado seja condenado [...] Prosseguimento do feito, com a condenação do acusado, que contribuirá para o enfraquecimento do núcleo familiar, já que a vítima declarou em juízo ter-se reconciliado com o mesmo, estando atualmente o casal em plena harmonia [...].¹⁷

Uma das consequências mais graves do descaso com as medidas protetivas e os outros instrumentos da Lei Maria da Penha é o feminicídio, qualificadora que foi inserida em nosso ordenamento pela Lei nº 13.104/15.

Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, os feminicídios correspondem a 29,6% dos homicídios dolosos de mulheres em 2018. Foram 1.151 casos em 2017 e 1.206 em 2018, um crescimento de 4% nos números absolutos. Desde que a Lei entrou em vigor, os casos de feminicídio subiram 62,7%. A partir da análise dos microdados de 1.959 feminicídios, foi possível traçar um perfil dos registros criminais de feminicídio no Brasil.

¹⁶ INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. *Feminicídio: #InvisibilidadeMata*. Disponível em: <https://assets-institucional-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2017/03/LivroFeminicidio_InvisibilidadeMata.pdf> Acesso em: 13 fev. 2020.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0000108-38.2013.8.19.0044*. Desembargador Francisco José de Azevedo. Publicado DJ de 16/03/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.050.07231>>. Acesso em 23 set. 2019.

Em virtude desse quadro de violência, o Superior Tribunal de Justiça em março de 2019 firmou uma cooperação com a ONU Mulheres Brasil, que tem como objetivo o desenvolvimento da equidade de gênero e também a promoção de ações para redução de desigualdade de gênero, raça e etnia no tribunal.

Os Tribunais devem buscar também políticas de conscientização, de fiscalização e efetivamente colocar em prática a rede de apoio para a mulher violentada. A prevenção ocorre na lesão, evitando que sobrevenha o feminicídio.

[...] Empregar a expressão ou criar o tipo penal ‘feminicídio’ são estratégias importantes para diferenciar os assassinatos de mulheres do conjunto de homicídios que ocorrem no país, tirando esse tipo de crime da invisibilidade. Assim, é possível enfatizar as características associadas às razões ligadas às desigualdades para transformá-las e, ao mesmo tempo, para conhecer melhor a dimensão do problema e os contextos em que as mulheres morrem.[...] ¹⁸

Os crimes contra a dignidade sexual também são alvo de decisões sexistas e patriarcais do Judiciário, muitas vezes resultando no desencorajamento de denúncia pelas vítimas, por receio de julgamentos e de não obter resultado algum ao realizá-la.

O Núcleo de Pesquisa em Gênero, Raça e Etnia – NUPEGRE da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ realizou uma densa pesquisa sobre o estupro coletivo nas ciências sociais, no Poder Legislativo e no discurso do Poder Judiciário. Ao analisar a pesquisa com ênfase no Poder Judiciário, foram colhidos dados no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entre os anos 2009 e 2017 (maio) na área criminal. ¹⁹

[...]O julgamento da mulher de acordo com um “papel social” que é esperado dela nos processos em que é vítima não é uma novidade nas análises de discurso do Poder Judiciário. Por isso, exporemos, de forma breve, como esse fenômeno, que aqui designamos como “qualificação da vítima”, apareceu na pesquisa realizada. Na maior parte dos casos, as vítimas foram adjetivadas para ressaltar a gravidade do delito praticado e aumentar a reprimenda. [...] ²⁰

Um exemplo flagrante de misoginia e violação dos direitos essenciais das mulheres é o caso de Tatiane, que estava trabalhando em um domingo, 29 de setembro de 2013, quando seu marido, Amilton Martins, torturou e matou o filho caçula ²¹. Tatiane foi condenada pelo

¹⁸ INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. op. cit.

¹⁹ EMERJ. Relatórios de pesquisa NUPEGRE. *A semântica do estupro coletivo nas ciências sociais, no Poder Legislativo e no discurso do Poder Judiciário*. Nº 1. 2018. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.emerj.tj.rj.jus.br/publicacoes>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

²⁰ Ibidem.

²¹ LOPES, Janaína e FRAGA, Rafaela. *Um ano e meio após sentença, homem tem julgamento anulado e mulher tenta reverter condenação por morte de filho do casal no RS*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio>>

Tribunal do Júri a 22 anos, 2 meses e 20 dias de prisão em 2016 e ainda, durante o julgamento do recurso, a pena foi elevada para 24 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão.

Uma promotora do Rio Grande do Sul foi uma das primeiras a dar visibilidade a esse caso, fazendo uma análise da condenação de Tatiane. Utilizando o nome “Maria” para denominá-la, diz a promotora:

[...]É evidente que a compreensão, por parte do sistema de justiça criminal, de tais diagnósticos à luz da doutrina sobre o fenômeno da violência doméstica certamente modificariam o tratamento que lhe dispensaram. Igualmente, a condição socioeconômica da vítima a afasta daqueles que a investigam, acusam e julgam – incluídos aqui os jurados, que embora sejam cidadãos do povo, ordinariamente são escolhidos dentre as camadas mais favorecidas da população...²²

A pesquisa traz apontamentos de Sabadell (2014) sobre os elementos do patriarcalismo jurídico, tendo como um deles a “reprodução do discurso patriarcal”. Após apresentar o trecho de um acórdão, diz o relato:

[...] No trecho acima, ainda que a vítima tenha sido julgada moralmente de forma “positiva”, estabelece-se um parâmetro baseado em estereótipos, pois trata-se de uma “senhora, mãe de família”. Caso não fosse uma “senhora, mãe de família” o crime seria menos grave? Por que “qualificar” a vítima quando quem está sendo julgado é o réu? A eliminação da figura da “mulher honesta” do Código Penal não fez com que a sociedade deixasse de julgar o comportamento feminino com esta medida. Como membros da sociedade, a distinção permanece nas mentes não só dos magistrados, mas de todos os operadores do Direito. [...] ²³

Esse caso é paradigmático para evidenciar o retrato de uma justiça misógina e distante da realidade da violência de gênero. Violência essa que pode ser de inúmeras formas, não necessariamente se iniciando na forma física.

É notório que muitas decisões judiciais são tomadas de acordo com a imagem da mulher de acordo com a sociedade patriarcal, devendo ser um ser objetificado e subjugado, carregando culpabilidade qualquer uma que destoe daquilo que aos olhos de muitos julgadores é considerado modelo.

Por isso, apesar dos inúmeros avanços das mulheres juntamente com o movimento feminista, é necessária a mudança dos quadros do Judiciário, principalmente dos Tribunais Superiores.

A promotora Ilana fala em sua análise que:

grande-do-sul/noticia/um-ano-e-meio-apos-sentenca-homem-tem-julgamento-anulado-e-mulher-tenta-reverter-condenacao-por-morte-de-filho-do-casal-no-rs.shtml>. Acesso em: 21 out. 2019.

²² BATTAGLIN, Ivana. A criminalização da pobreza numa perspectiva de gênero: o quanto o sistema judicial pode reproduzir os estereótipos do patriarcado para encarcerar as mulheres pobres. *Revista do Ministério Público do RS. 2016*. Disponível em: <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo_/arquivo_1504551034.pdf> . Acesso em: 29 out. 2019

²³ NUPEGRE, op. cit. nota 19.

[...]o controle formal que o direito penal utiliza para a criminalização de quem já está subordinado ao controle informal da família e sociedade, e que, por conta desse entrelaçamento, torna a questão de gênero ainda menos perceptível. Enquanto faltar cientificidade no sistema de justiça criminal, e seus operadores continuarem trabalhando com base no senso comum e seus preconceitos históricos, continuarão criminalizando uma parcela específica da população, e tratando as mulheres com todos esses estereótipos que fazem com que, dentro do Direito, elas tenham o mesmo tratamento que lhes é dispensado pela sociedade patriarcal. E o Direito continuará afastado da Justiça.[...] ²⁴

Ao concluir que a maioria dos magistrados são homens, brancos e de valores patriarcais, o cenário do conteúdo das decisões judiciais não se torna uma surpresa.

Os espaços de poder devem sempre caminhar para equidade e evolução, assim como a sociedade constantemente se modifica. Não deve haver espaço para um discurso sexista, que reduz as vítimas, não realizando o papel que o Judiciário deveria, que é o cumprimento da lei, tutelando os direitos violados.

CONCLUSÃO

Realizando a análise da composição de alguns órgãos do Poder Judiciário, é notória a deficiência de representatividade feminina nos altos cargos. Quanto mais alto o cargo, menor a quantidade de mulheres que o exercem

Segundo a última pesquisa realizada pelo IBGE, a maioria da população é composta por mulheres, e ainda sim, a ausência da figura feminina nos cenários de poder é marcante, como quis se demonstrar no decorrer deste trabalho.

Apresentando os dados de aumento do ingresso das mulheres na primeira instância do Tribunal de Justiça, podemos ver que a inserção nesse espaço vem crescendo, sendo evidente e positiva. Porém, a desigualdade de gênero ainda prevalece fortemente na sociedade brasileira.

Em um cenário onde a mulher é silenciada, são de grande importância a realização das políticas afirmativas na busca de uma sociedade igualitária. Um exemplo disso é a parceria firmada entre o Superior Tribunal de Justiça com a ONU Mulheres em 2019 chamado “Equilibra”, voltado à implementação de políticas destinadas à participação feminina no tribunal.

²⁴ BATTAGLIN, op. cit., nota 22.

Tanto o Poder Executivo, que é o responsável pela indicação dos Ministros, como o Poder Judiciário, que realiza a aplicação e interpretação das leis, devem acompanhar as transformações sociais, a demanda por mudança e a defesa dos direitos fundamentais das mulheres.

Em todo cenário jurídico pode se observar que os julgadores, ao interpretar e aplicar as leis de acordo com suas experiências – muitas das quais, ainda que inconscientemente, patriarcais, com valores da dominação masculina - provocam dilemas e tensões nas formas de socialização do homem e da mulher, e nos modos de interpretação jurídica.

O que buscou ser demonstrado no presente trabalho é que apenas através de um Poder Judiciário composto de forma igualitária é que haverá devida interpretação das leis, respeitando os direitos que vêm sendo conquistados ao longo dos anos pelas mulheres.

REFERÊNCIAS

BATTAGLIN, Ivana. A criminalização da pobreza numa perspectiva de gênero: o quanto o sistema judicial pode reproduzir os estereótipos do patriarcado para encarcerar as mulheres pobres. *Revista do Ministério Público do RS*. 2016. Disponível em: <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1504551034.pdf>. Acesso em diversas datas.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros*. Disponível em: <www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/49b47a6cf9185359256c22766d5076eb.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0000108-38.2013.8.19.0044*. Desembargador Francisco José de Asevedo. Publicado DJ de 16/03/2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.050.07231>>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Dia da Mulher: o poder feminino na justiça do Rio*. Notícia. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6232994>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Notícia. *Composição do Tribunal*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Ministros/CLASSE_DE_ORIGEM_ATIVOS_2017.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

EMERJ. *Relatórios de pesquisa NUPEGRE*. A semântica do estupro coletivo nas ciências sociais, no Poder Legislativo e no discurso do Poder Judiciário. Nº 1. 2018. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes.>>>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 2019. São Paulo, Disponível em: < <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf> >. Acesso em: 06 nov. 2019.

FRAGALE, Roberto Filho, MOREIRA, Rafaela Selem e SCIAMMARELLA, Ana Paula de Oliveira. *Magistratura e gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro*. Disponível em: < <http://journals.openedition.org/eces/1968> >. Acesso em: 06 nov. 2019.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. *Feminicídio: #InvisibilidadeMata*. Fundação Rosa Luxemburgo. São Paulo. 2017. Disponível em: <https://assets-institucional-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2017/03/LivroFeminicidio_InvisibilidadeMata.pdf> Acesso em: 13 fev. 2020.

KAHWAGE, Tharuell Lima; SEVERI, Fabiana Cristina. Para além de números: uma análise dos estudos sobre a feminização da magistratura. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 51-73, abr./jun. 2019. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p51.> Acesso em: 20 out. 2019.

MENDES, Soraia da Rosa. *Processo Penal Feminista*. São Paulo. 2020.

SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para a análise histórica*. *Revista de Educação e Realidade (Gênero e Mulheres)*. Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 5-22, 1999.



EXECUÇÃO DA PENA EM 2ª INSTÂNCIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – O IMPACTO SOCIAL E POLÍTICO DA MEDIDA CAUTELAR NO ADC Nº 54

Leonam Marcel Pauferro Young

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Servidor Público. Pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Resumo – A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mantinha-se pacífica no sentido de possibilidade de execução da pena mesmo sem trânsito em julgado até a decisão liminar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54, que determinou a soltura de todos os presos com condenações sem trânsito em julgado, trazendo novo debate quanto ao princípio da presunção de inocência. Neste contexto, faz-se uma ponderação desse princípio, analisando-se a responsabilidade social da Suprema Corte para proferir a decisão final e concluindo-se quanto ao impacto que essa decisão trará nos mundos social e político.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Execução da Pena. 2ª instância. Princípio da Presunção de Inocência.

Sumário – Introdução. 1. A polêmica questão da possibilidade de execução da pena em 2ª instância: as idas e vindas da matéria no ordenamento jurídico brasileiro. 2. A realidade do sistema carcerário brasileiro pode influenciar no julgamento da ADC nº 54, observando-se mais a responsabilidade social do que o tecnicismo jurídico? 3. O impacto social, jurídico e político em caso de prevalecer o princípio da presunção de inocência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da execução da pena com pendência de julgamento de recurso, observado o princípio constitucional da presunção de inocência. O objetivo do presente estudo é analisar o cabimento de prisão em instância superior ainda que haja recurso a ser julgado e determinar se há violação ao princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil.

O atual cenário brasileiro, no que tange ao sistema penitenciário e a corrupção, fez valer uma reflexão na doutrina e na jurisprudência sobre a necessidade da execução provisória da pena na seara recursal, sem violação aos princípios constitucionais, mormente ao da presunção de inocência. Também há que se fazer uma reflexão sobre o fenômeno jurídico “ativismo judicial”, para se concluir sobre a constitucionalidade/legalidade das decisões do Poder Judiciário acerca das políticas

públicas em relação ao sistema penitenciário.

É verdade que o tema foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do HC nº 126.292, alterando sua jurisprudência, no sentido de ser possível a execução provisória da sentença condenatória a partir do acórdão de segundo grau. Todavia, o tema voltou a ser reflexivo em razão da decisão monocrática do Ministro da Suprema Corte, Marco Aurélio, nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54/DF, que, em medida cautelar, determinou a soltura de todos os presos com processos sem trânsito em julgado.

Na referida decisão cautelar, ao mencionar a “soltura de todos os presos”, tal procedimento implicaria na soltura de mais de cento e cinquenta mil presos, o que provocaria um impacto social, jurídico e político. De outro lado, há de se lembrar que o sistema carcerário brasileiro se encontra em momento crítico, considerando a superlotação das celas e a falha na ressocialização dos presos.

Conseqüentemente, faz-se uma reflexão sobre o princípio constitucional da presunção de inocência, considerando-se a falta de trânsito em julgado, passando pelo benefício da decisão aos políticos presos na operação da Polícia Federal “Lava-Jato”, sobre vários esquemas de corrupção, e pela importância do ativismo judicial, sob a ótica da responsabilidade social na futura decisão do STF, sem que haja violação a preceitos constitucionais e legais.

Frisa-se que o julgamento final da ADC nº 54/DF definirá a harmonia do art. 283 do Código de Processo Penal com a Constituição da República Federativa do Brasil, o que, para uns, geraria uma insegurança jurídica, e, para outros, faria prevalecer a presunção de inocência. Dessa forma, há de se aplicar a ponderação de interesses entre os princípios fundamentais.

No primeiro capítulo, inicia-se o estudo com a identificação do posicionamento atual sobre o tema após tantas polêmicas. Nele, verificar-se-á que o princípio da presunção de inocência foi relativizado, que foi muito discutido entre os juristas.

Em seguida, discute-se sobre a possibilidade de a realidade do sistema carcerário brasileiro influenciar no julgamento da ADC nº 54, observando mais a responsabilidade social do que o tecnicismo jurídico. Sabe-se que, há anos, o sistema carcerário no Brasil, de um modo geral, é precário. Com isso, aborda-se a questão da realidade social como fundamento para cada ministro proferir o voto que definirá se o art. 283 do Código de Processo Penal está em consonância com o princípio da presunção de inocência.

Por fim, será analisado o impacto social, jurídico e político em caso de

prevalecer o princípio da presunção de inocência. Social, porque se a ressocialização do preso é falha e a violência de vários presos é grande, a sociedade ficará em estado temerário com a libertação de vários detentos, que estejam aguardando o trânsito em julgado. Poderá haver grave problema para que esses presos retornem à prisão em caso de trânsito da sentença condenatória.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acreditam 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 será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende analisar o deferimento da supramencionada medida cautelar, valendo-se da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, dentre legislação, doutrina e jurisprudência, para sustentar a sua tese.

1. A POLÊMICA QUESTÃO DA POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA EM 2ª INSTÂNCIA: AS IDAS E VINDAS DA MATÉRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O caput do art. 283, do Código de Processo Penal¹ determina que ninguém será preso sem uma sentença condenatória transitada em julgado, salvo nos casos ali previstos, citando como exemplo a prisão preventiva. Já o art. 5º, LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil deixa expresso que ninguém será considerado culpado enquanto a sentença condenatória.

Por tais regras, é fácil concluir que o trânsito em julgado de uma sentença condenatória é o marco inicial para se executar a pena imposta. O que ganha força com esse entendimento é o disposto no art. 105 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84²). Porém, essa situação virou debate na doutrina e na jurisprudência por anos.

No ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal tinha entendimento sólido no sentido de ser possível a execução provisória da pena quando os recursos pendentes de

¹BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm> Acesso em: 07 abr. 2019.

²BRASIL. *Lei de Execuções Penais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 07 abr. 2019.

juízo não fossem atribuídos de efeitos suspensivos³. Esse julgado tinha a premissa do art. 637, do Código de Processo Penal, que dispõe que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo.

Todavia, no ano de 2009, por conta do julgamento do HC nº 84.078/MG⁴, mudou seu posicionamento, perdurando até o ano de 2016, com o já mencionado HC nº 126.292/SP⁵, cuja decisão não foi unânime. Foram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Fazendo um paralelismo com o tema do presente artigo científico, destacam-se algumas palavras do Ministro relator do Habeas Corpus paradigma do atual posicionamento, Teori Zavascki, em seu voto:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

Observa-se que o falecido relator teve o cuidado de proferir seu voto observando a então realidade do sistema criminal, que era caótico, nada tendo mudado no corrente ano. Até o último levantamento da população carcerária no Brasil, realizado pelo Ministério da Justiça⁶, no ano de 2016, o número de presos era de 726.712, sendo a terceira maior população carcerária no mundo. Isso em meio a Estados em crise financeira, como o Rio de Janeiro, por exemplo.

O relator afirma que a culpabilidade é reconhecida durante a instrução criminal em que houve o devido contraditório, e que somente nas instâncias ordinárias é que cabe o reexame de fatos e de provas, frisando que os recursos de natureza extraordinária não se prestam para a análise da matéria fático-probatória.

Também faz interessante analogia aos processos penais de países importantes como Inglaterra e Estados Unidos, em que o réu aguarda o julgamento de recursos na

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 91.675/PR*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499432>> Acesso em: 07 abr.2019.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078/MG*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> Acesso em: 07 abr. 2019.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 07 abr.2019.

⁶BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Departamento Penitenciário Nacional*, 2017. 65 p.: il. color. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorio_2016_2211.pdf> Acesso em: 07 abr. 2019.

prisão, salvo nas hipóteses previstas nos respectivos ordenamentos jurídicos. Concluiu, ao final, que a execução provisória não violava o princípio da presunção de inocência.

Acompanhando o pensamento do relator, o Ministro Luís Roberto Barroso firma sua tese com base nos seguintes fundamentos (dentre outros): a execução provisória da pena “permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado”, “diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro” e “promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal”.

Dentre os votos vencidos, o Ministro Marco Aurélio - lembrando que teve a audácia de deferir medida cautelar discutida no presente artigo científico - sustentou que o art. 5º, LVII, da CRFB/88 não permite interpretações, já que é claro e preciso, sob pena de “reescrever a norma jurídica”. Na mesma linha, o Ministro Celso de Mello argumentou que o princípio da presunção de inocência é direito fundamental, independente do crime pelo qual o sujeito foi imputado.

Nesse ínterim, corroborando o raciocínio, foram editadas as súmulas 716⁷ e 717⁸ da Suprema Corte, no sentido de ser cabível a progressão de regime ainda que não tenha trânsito em julgado.

Já o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2010, tinha entendimento pacificado de que não cabia execução provisória da pena sem que houvesse trânsito em julgado, ratificando tal entendimento no julgamento do HC nº 170.945/SP⁹, seguindo precedentes do Supremo Tribunal Federal, à época.

Pela leitura dos julgados, percebe-se que a Jurisprudência fixou, inicialmente, o entendimento com base na “letra fria” dos dispositivos constitucional e legais, como inicialmente citados nesse tópico. Porém, no momento, pelo menos até o julgamento do ADC nº 54¹⁰, o que se tem é que cabe a execução provisória da pena, tanto em razão da ausência de efeito suspensivo de recurso na instância especial e extraordinária, como se atendidos os requisitos da prisão cautelar, se ausente o trânsito em julgado.

Também se utilizou da técnica de ponderação de interesses, deixando claro que

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 716*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2235&seo=1>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 717*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2236&seo=1>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 170.945/SP*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13470610&num_registro=201000782951&data=20110201&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 abr. 2019.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54/D F*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

nenhum princípio constitucional é absoluto, ou seja, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade não é absoluto.

Na Doutrina, em sentido contrário à possibilidade de execução provisória, tem-se Luiz Vicente Cernicchiaro¹¹, que argumentava que haveria violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa na hipótese de se admitir a culpabilidade antes do trânsito em julgado, lembrando, ainda, que a sentença condenatória sujeita a recurso tem efeito suspensivo.

Para Eugênio Pacelli¹², a execução provisória é inconstitucional por afrontar o princípio da não culpabilidade. Também entende se ilegal por violar o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal. Menciona que o cabimento de prisão antes do trânsito em julgado somente seria possível em caso de manifesto interesse protelatório dos recursos interpostos.

Em sentido a favor, Renato Marcão¹³ explica que a execução provisória é cabível para aqueles que estejam presos preventivamente, uma vez que a prisão preventiva pode ser decretada durante a investigação ou no curso do processo, citando os arts. 311 a 316 e 413, § 3º, todos do Código de Processo Penal. Afirma que é impossível em termos de prisão temporária, em razão da limitação de tempo.

Nestor Tavora e Rosmar Rodrigues Alencar¹⁴ mencionam a tese de Marcão de que é possível a execução provisória de forma precária, com base no art. 312 do CPP, não havendo ofensa ao princípio da presunção de inocência, mas discordam da tese do Supremo Tribunal Federal.

Não se viu julgamento com base no atual sistema carcerário brasileiro em relação ao debate em tela, mas, como dito, apenas com base na interpretação da Constituição da República Federativa do Brasil, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal. A possibilidade de julgamento da ADC nº 54 mais com base na realidade e clamor sociais ou no “Estado de Coisas Inconstitucional” do que no tecnicismo jurídico será analisado em tópico à frente.

Os argumentos de ambos lados - contra e a favor - são fortes. Assim, importante que o STF defina sua tese o quanto antes possível, ante a relevância da matéria e ante o impacto social e político que poderá causar, pacificando em definitivo a Jurisprudência,

¹¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente et al. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 111/112.

¹² PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 617/618.

¹³ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 161/162.

¹⁴ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 1.741/1.743.



já que a decisão final terá efeito *erga omnes* e eficácia vinculante.

É o que também espera a sociedade, de um modo geral, ante a atual situação de violência nos Estados brasileiros e a crise no sistema penitenciário no país.

2. A REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO PODE INFLUENCIAR NO JULGAMENTO DA ADC Nº 54, OBSERVANDO-SE MAIS A RESPONSABILIDADE SOCIAL DO QUE O TECNICISMO JURÍDICO?

Como já dito anteriormente, o sistema carcerário brasileiro vive uma crise há tempos. Há superlotações nas celas, e a maioria dos Estados, em suas crises econômicas, não têm condições de adequar as instalações para dignidade humana dos presos. Recentemente, mais precisamente no dia vinte e nove de julho de dois mil e dezanove, uma rebelião no Centro de Recuperação Regional de Altamira, no Estado do Pará, provocou cinquenta e sete mortes. Lá, abrigava 343(trezentos e quarenta e três) detentos, mas a capacidade é de 163(cento e sessenta e três) presos. Um relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontava que as condições eram péssimas¹⁵.

Isso chega a passar pela questão da saúde dos presos, pois a inadequação das instalações passa pela falta de higienização das superlotadas celas. Por isso é que, nesse tópico, será discutida a possibilidade de julgamento com base na responsabilidade social em confronto com o que dispõe a lei.

Essa discussão passa pelos fenômenos do “ativismo judicial” e da “judicialização da política”. Embora parecidos, ante o viés de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, os conceitos são distintos, e cabe aqui defini-los para que haja o enquadramento ao objetivo deste artigo científico.

O ativismo judicial é uma atuação proativa do julgador para solucionar uma precária política pública, mas deixando de aplicar a lei e a jurisprudência ao caso concreto. Ao contrário da judicialização da política, em que o julgador até observa a lei, mas ele toma medidas que, constitucionalmente, é de competência do Poder Executivo.

Para Luiz Flávio Gomes¹⁶, no ativismo judicial, há uma intromissão do Poder Judiciário no Poder Legislativo, pois o julgador cria norma nova, usurpando a

¹⁵ G1. *Presídio onde 57 morreram no Pará está superlotado e em condições 'péssimas', aponta CNJ*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/07/29/presidio-onde-52-morreram-no-para-esta-superlotado-e-em-condicoes-pessimas-aponta-cnj.ghtml>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 ago 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/18540/o-stf-esta-assumindo-um-quot-ativismo-judicial-quot-sem-precedentes>. Acesso em: 24 ago. 2019.

competência e inventando norma não prevista.

Quanto à judicialização da política, segundo Luís Roberto Barroso¹⁷, “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”.

Por tais definições, pode-se dizer que, caso se chegue à conclusão de que os ministros devem observar a responsabilidade social no julgamento da ADC nº 54, haverá uma judicialização da política, ainda que de modo reflexo, uma vez que essa responsabilidade deve ter fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil ou nos princípios constitucionais, sem que haja uma usurpação de competência.

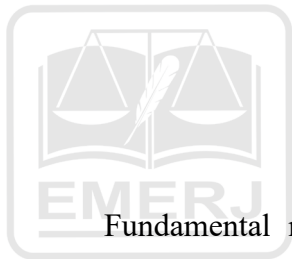
Na verdade, a judicialização reflexa independe do resultado do julgamento, já que a soltura ou não de todos os presos que aguardam trânsito em julgado de suas condenações por si só já sinaliza a necessidade de se melhorar os complexos penitenciários. Em caso de soltura, não se pode ter um alívio dos gestores, primeiro porque as condenações podem ser confirmadas ao trânsito em julgado, até porque o retorno dos condenados será um outro problema; segundo, porque em caso de permanência nas prisões, mesmo sem trânsito, só manterá as superlotações, o que gera sempre a iminência de rebeliões, independente dos motivos, seja de manifestação por melhores condições, seja de guerra de facções, como exemplos.

Não se pode deixar de mencionar que o sistema penitenciário vive um “Estado de Coisas Inconstitucional”, fenômeno advindo da Colômbia, onde a Suprema Corte local, em 1997, reconheceu que estava havendo uma massiva violação de direitos fundamentais de um número amplo e indeterminado de pessoas, somada à inércia dos demais poderes para superá-la. Começou após o ajuizamento de uma ação por um grande número de profissionais da educação que alegaram violação aos seus direitos previdenciários. Posteriormente, esse Estado de Coisas Inconstitucional também foi reconhecido no sistema carcerário¹⁸.

No Brasil, usou-se de tal técnica para solução dos conflitos justamente com a crise instaurada no sistema carcerário, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica#top>. Acesso em: 24 ago. 2019.

¹⁸ EVANDRO, Raimundo. O Estado de Coisas Inconstitucional e a Judicialização da Política Pública no Âmbito do Sistema Carcerário Brasileiro: Mitigação do Princípio da Separação dos Poderes? *Revista Acadêmica/Escola Superior do Ministério Público do Ceará* - Ano 9, nº 2(jul./dez.2017) – Fortaleza:PGJ/ESPM/CE,2017,p. 179-196.



Fundamental nº 347/DF¹⁹. Em liminar, o STF determinou que os juízes e Tribunais justificassem expressamente a manutenção de prisão provisória, que fossem realizadas audiências de custódias, que os juízes e Tribunais considerassem o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro ao concederem medidas cautelares, que os juízes considerassem penas alternativas à prisão, considerando que a reclusão poderia ser bem mais severa do que admitida pela lei e, por fim, que a União liberasse o saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização na finalidade para qual foi criado.

Vê-se que a Suprema Corte não inovou na ordem jurídica, apenas fez fazer o cumprimento das normas previstas no ordenamento jurídico, enquadrando-se no conceito de judicialização da política. Toma-se, como exemplo, na decisão cautelar, a exigência de liberação do saldo acumulado do FUNPEN, que tem previsão na Lei Complementar nº 79²⁰. O seu art. 1º explica que a finalidade desse fundo é de financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional.

Essa decisão liminar só confirmou o entendimento anterior, proferido no RE nº 592.581/RS²¹ com repercussão geral, em que se atestou a necessidade de intervenção judicial como necessária e adequada para preservação da dignidade da pessoa humana, declarando a licitude da imposição do Poder Judiciário na executar de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

Nas duas decisões acima citadas, o que se percebe é a responsabilidade social para sanar as omissões do Governo quanto à crise carcerária. Porém, não foi afastado o tecnicismo jurídico. Pelo contrário, foram buscados fundamentos na Carta Magna e na legislação. Não fosse assim, restaria um ativismo judicial, o que, provavelmente, seria alvo de críticas, uma vez que, nesse caso, o julgador ignoraria a Constituição e a lei.

O juiz é considerado um agente público, pois uma decisão judicial representa a vontade do Estado em sentido amplo, e atende os anseios da sociedade, como no caso em tela. Não é exagero dizer que o juiz tem que assumir a postura de “Juiz Hércules”, metáfora criada pelo jurista e filósofo Ronald Dworkin²². Há de se lembrar que Hércules foi o

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

²⁰ BRASIL. *Lei Complementar nº 79*, de 07 de janeiro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm>. Acesso em: 24 ago. 2019.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 592.581/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000247685&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

²² DWORKIN apud PORTUGAL, André. *Obra do filósofo Ronald Dworkin é gigante, mas possui falhas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/andre-portugal-obra-ronald-dworkin-gigante-aspossui-falhas>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

famoso Deus da mitologia grega, conhecido pela sua grande força. Porém, apesar da força, Hércules era racional e, por isso, Dworkin usou essa figura mítica para idealizar um julgador.

O Juiz de Direito, Denival Francisco da Silva²³, citando Dworkin, explica que “Juiz Hércules” é um juiz prudente, que tem na integridade dos elementos jurídicos e a equidade o parâmetro para a Justiça e a sabedoria para cada caso concreto. Isso leva a dizer que o julgador não pode ter medo de enfrentar um caso que irá gerar grande repercussão de ordem nacional, mas desde que faça com racionalidade, respeitando o ordenamento jurídico e observando os princípios e valores.

Para o caso em enfoque, deverá haver uma ponderação entre determinar a soltura dos presos que aguardam trânsito em julgado, com interpretação ao princípio da presunção de inocência, e com base nas superlotações carcerárias, com observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, e a manutenção das prisões, levando em consideração a deficiência técnica para se acompanhar os retornos às prisões após trânsito em julgado das sentenças condenatórias, a insegurança jurídica e o temor popular por se tratar de soltura de mais de cento e cinquenta mil presos em todo o país.

Independente do que for ponderado, o importante é que os dois lados tenham benefícios jurídicos. Se for para manter as prisões, os encarcerados devem ter, ao menos, condições humanas nas celas e atividades para que se evitem ficar no ócio. Isso é dignidade da pessoa humana e é o que se chama de ressocialização dos presos. Já com a soltura, há de se ter um monitoramento dos condenados, o que pode se dar por meio de tornozeleiras eletrônicas ou comparecimento ao juízo de origem temporariamente, dentre outras medidas que o juiz possa adotar para se ter uma segurança jurídica.

Pode-se dizer que a Constituição é perfeita, mas a realidade não permite que os ditames da Carta Magna sejam postos à prática, pois passa pelas crises financeiras dos Estados e, com isso, passa pela falta de investimentos no setor carcerário, o que acarretou, dentre outras consequências, as superlotações dos presídios.

O ex-Ministro do STF, Eros Grau, em palestra realizada na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, citando Creonte, da literatura grega, disse que preferia a ordem à Justiça[informação verbal]²⁴. O que se quer dizer por essa ideia é que os julgadores

²³ SILVA, Denival Francisco da. *De Hércules a Hulk, a (re)personificação do juiz*. Disponível em:< <http://www.justificando.com/2019/04/24/de-hercules-a-hulk-a-repersonificacao-do-juiz/>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

²⁴ FÓRUM PERMANENTE DE FILOSOFIA, ÉTICA E SISTEMAS JURÍDICOS DA EMERJ, 02, 2019, Rio de Janeiro. *Lex et Jus*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2019.



devem aplicar a Constituição e as leis ao caso concreto. A lei e o conceito de Justiça não se confundem. Nem tudo o que é legal é justo.

A ideia do supramencionado Ministro é interessante, mas há de se ressaltar que não é só a mera aplicação da Constituição e da lei ao litígio. Deve ser dada a melhor interpretação das mesmas para que, minimamente, se chegue ao justo. Por óbvio, o que se entenderá por justo no julgamento não irá agradar a todos.

Assim, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento definitivo da ADC nº 54, poderá se basear na atual crise carcerária, mas sem deixar de lado os princípios da Constituição, menos ainda praticar um ativismo judicial, pois essa técnica não observa a CRFB/88 nem as normas infraconstitucionais. Deve dar a melhor interpretação ao caso concreto, com ponderação de princípios e valores.

3. O IMPACTO SOCIAL, JURÍDICO E POLÍTICO EM CASO DE PREVALECER O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio constitucional da presunção de inocência é um dos princípios constitucionais mais discutidos no meio jurídico. Seria fácil dizer que ninguém pode ser preso sem uma sentença condenatória transitada em julgado, mas como no Direito a realidade social nele reflete, esse princípio, ao longo dos anos, precisou de interpretação, dando margens à sua relatividade.

Segundo o atual Ministro do STF, Alexandre de Moraes, em uma de suas obras jurídicas²⁵, o Estado precisa comprovar a culpabilidade do agente em razão de tal princípio, sob pena de se configurar um arbítrio estatal. Todavia, o autor frisa a constitucionalidade das prisões cautelares e reforça que a interposição de recurso especial ou recurso extraordinário não assegura ao condenado o direito de aguardar o julgamento desses recursos em liberdade, já que desprovidos de efeitos suspensivos.

A tendência, por ocasião do julgamento definitivo da ADC nº 54²⁶, é que o supramencionado Ministro vote no sentido de se manter as prisões cautelares, ainda que haja processos pendentes de julgamento nas instâncias superiores.

Mais uma vez os Ministros do órgão máximo de julgamento dissertarão sobre esse princípio, mas com um diferencial: a decisão final da ação declaratória de constitucionalidade tem eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, conforme menciona o

²⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17.ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 103-104.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 10.

art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99²⁷. Isso significa que a decisão deve ficar hígida, evitando-se interposição de recursos protelatórios nos assoberbados STJ e STF.

No STJ, por exemplo, foram julgados mais de 500.000 (quinhentos mil) processos²⁸. Ainda que esse número envolva todas as matérias, muito provavelmente há um absurdo de recursos criminais ou remédios constitucionais para essa matéria. E, assim, é confirmado pela Ministra Laurita Vaz, que informou que há uma grande quantidade de *habeas corpus*, frisando se tratar de uma “panacéia para todos os males do processo penal”²⁹.

O que a Ministra quis dizer foi que para toda e qualquer decisão que venha prejudicar o réu, impetra-se o referido remédio constitucional. A cultura no Brasil é de se chegar aos órgãos máximos, o que leva a crer que os advogados ignoram os precedentes, não importam se vinculantes ou meramente argumentativos.

Basta verificar nos acórdãos do STF e do STJ que sempre há menção de precedentes, mas acaba por se tratar de mero argumento, serão sempre ignorados. O atual Ministro do STJ, João Otávio de Noronha, aduz que o Brasil não pode ter diversos entendimentos, tem que haver um padrão no Judiciário, senão vira um “país de malucos”³⁰, como bem ironizou.

De fato, o que falta é um padrão no Poder Judiciário. A esperança por dias melhores está com o novel Código de Processo Civil, que ganhou ares de *common law*, já que dá uma importância aos precedentes, o que deve refletir no processo penal.

Dito isso, inclusive no que tange o efeito vinculante da ação declaratória, ao final, passa-se a analisar o impacto social, jurídico e político.

No que tange ao impacto social, há de se dizer sobre o anseio da população brasileira. O Brasil, de uma maneira geral, tem dois problemas: um é a violência. A maioria dos Estados está em crise financeira e, via de consequência, não conseguem investir no combate ao crime. No Rio de Janeiro, por exemplo, há forte tráfico de drogas e, agora, há um crescimento de milícias³¹.

²⁷BRASIL, *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em: 07 set. 2019.

²⁸VITAL, Danilo. *STJ cobra respeito à jurisprudência de juízes e tribunais, sob pena de colapso*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/anuario-justica-stj-teme-colapso-cobra-unificacao-jurisprudencial>>. Acesso em: 07 set. 2019.

²⁹Ibidem.

³⁰Ibidem.

³¹G1. *Rio registra mais de mil invasões de imóveis em 5 anos; milícias agem em 8 dos 10 bairros com mais casos*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/07/29/presidio-onde-52-morreram-no-para-esta-superlotado-e-em-condicoes-pessimas-aponta-cnj.ghtml>>. Acesso em: 29 set. 2019.

Fazendo um paralelo com o tema em debate, muito provável que aquele que não seja do meio jurídico fará um pré-julgamento dessas pessoas envolvidas com tráfico de drogas e milícias, no sentido de que devem ficar nas cadeias mesmo sem trânsito em julgado da condenação. Especificamente em relação às milícias, o que se tem de notícias é que elas provocam um terror nas localidades onde atuam, inclusive com invasões das propriedades alheias³².

Provavelmente, para os moradores, uma vez um miliciano condenado, na prisão deve ficar, ainda que sem trânsito em julgado, pois, caso contrário, estando o réu solto, continuará o pavor e provoca desconfiança do Poder Judiciário.

O outro problema é o que foi abordado no tópico 2 do presente artigo, que é a crise no sistema carcerário brasileiro. Na hipótese de se determinar a liberdade de todos os presos que possuem condenações não transitadas em julgado, haverá um temor na segurança pública. As pessoas ficarão acuadas em exercer o direito ao lazer ou sempre temerão em sair de casa e não voltar.

O impacto jurídico tem relação quanto ao efeito vinculante, conforme o já destacado art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99. Ainda que a decisão final da discutida ação declaratória não vá agradar a todos os juristas, fato é que se evitará interposição de recursos ou *habeas corpus* em demasia, ao menos tecnicamente falando.

Além disso, o que se espera é que não haja nova discussão sobre o tema, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica. O importante, antes do julgamento definitivo, é ter um debate entre o STF e as principais instituições, como Defensoria Pública, Ministério Público e Ordem dos Advogados do Brasil, dentre outros, para que se dê a melhor solução ao caso.

Por fim, quanto ao impacto político, não se pode deixar de falar sobre a famosa operação “Lava Jato”³³, que envolve investigações criminais de membros dos Poderes Legislativo e Executivo, inclusive o ex-presidente Lula. Como se sabe, as investigações envolviam lavagem de dinheiro e corrupção dentro da estatal Petrobrás, dentre outros crimes, e culminou com várias prisões cautelares e condenações.

Nesse sentido, a decretação da liberdade de todos os presos que aguardam trânsito em julgado, incluirá os réus da supramencionada operação, o que, de um certo ponto, enfraquece a atuação do Ministério Público, ante toda complexidade da operação até se

³² Ibidem

³³ WIKIPÉDIA. *Operação Lava Jato*. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Opera%C3%A7%C3%A3o_Lava_Jato&oldid=56351496>. Acesso em: 28 set. 2019.

chegar às prisões cautelares deferidas. Soma-se a esse fato futura lei de abuso de autoridade, tão discutida entre promotores e procuradores da República, pois poderia cercear as atribuições desses membros.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou que a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era pacífica no que tange a possibilidade de execução provisória da pena, ou seja, caberia a execução de sentença ou acórdão condenatório, ainda que não houvesse trânsito em julgado. Isso porque o raciocínio era de que os Recursos Especial e Extraordinário não possuem efeito suspensivo e, assim, a decisão condenatória poderia ser cumprida.

Porém, essa discussão foi reaberta com a decisão liminar do Ministro do STF, Marco Aurélio, na ação declaratória de constitucionalidade que é objeto do presente artigo, quando determinou a soltura de mais de cento e cinquenta mil presos que estavam com condenações sem trânsito em julgado. Assim, foi necessário fazer uma avaliação da futura decisão definitiva, mantendo ou não as prisões, pois terá efeitos *erga omnes*, pacificando de vez a matéria, dada a natureza da ação, observando-se o atual cenário brasileiro em todas as camadas e se isso poderia influenciar na sentença da ação declaratória.

É certo que o art. 5º, LVII, da CRFB/88 é explícito no sentido de que ninguém será considerado culpado até que sobrevenha o trânsito em julgado da decisão condenatória, o que é reforçado pelo art. 283, caput, do Código de Processo Penal. Todavia, este pesquisador entende que não há violação do princípio da presunção de inocência na determinação judicial de execução provisória, tendo em vista que o próprio dispositivo do diploma processual penal supramencionado, que é objeto da ação declaratória aqui em debate, diz que a prisão deve ser por decisão devidamente fundamentada e, com isso, está em consonância com a Carta Magna, em seu art. 93, IX.

Outrossim, há de se concordar com o entendimento anterior do STF, ao frisar que os Recursos Especial e Extraordinário não possuem efeitos suspensivos, por inteligência do art. 637 do CPP. Ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal não cabem o reexame de provas, o que significa que a eles não cabe decidir se o agente deve ser condenado ou não, mas tão somente fazer a análise de legalidade e de constitucionalidade, respectivamente.

Quanto à responsabilidade social no julgamento final, a Suprema Corte deve sim observar a crise no sistema carcerário brasileiro, mas em hipótese nenhuma deve deixar de lado a técnica jurídica de lado, pois, caso contrário, haveria um ativismo judicial. Nesse fenômeno, o julgador deixa de lado a lei ou a Constituição, o que é inviável no ordenamento jurídico.

Assim, a conclusão que se chega é que eventual procedência do pedido na Ação Declaratória nº 54 ocasionará um impacto negativo social e político. No mundo social, em razão da insegurança jurídica que acarreta o Supremo Tribunal Federal, já que o anseio da sociedade, no atual cenário de violência, é fazer valer as condenações óbvias, como, por exemplo, nos casos de assassinatos, tráfico de drogas, estupros etc. No mundo político, beneficiará todos aqueles envolvidos na famosa operação Lava-Jato, pois se trata de importante investigação no combate à corrupção, dentre outros crimes, e enfraquece a atuação do Ministério Público Federal, que, obviamente, vê a prisão cautelar como necessária para instrução do processo penal ou para fazer valer a sentença condenatória, ainda que pendente apreciação de recursos nas instâncias superiores.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica_top>. Acesso em: 24 ago. 2019.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Lei de Execuções Penais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Lei Complementar nº 79*, de 07 de janeiro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm>. Acesso em: 24 ago. 2019.

_____. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em: 07 set. 2019.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Departamento Penitenciário Nacional*, 2017. 65 p.: il. color. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorio_2016_2211.pdf> Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 170.945/SP*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/medi>>

ado/?componente=ATC&sequencial=13470610&num_registro=201000782951&data=20110201&tipo=5&formato=PDF>Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 91.675/PR*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499432>> Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078/MG*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>> Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292/SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 11 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 716*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2235&seo=1>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 717*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2236&seo=1>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>> Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 592.581/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000247685&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente et al. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

EVANDRO, Raimundo. O Estado de Coisas Inconstitucional e a Judicialização da Política Pública no Âmbito do Sistema Carcerário Brasileiro: Mitigação do Princípio da Separação dos Poderes? *Revista Acadêmica/Escola Superior do Ministério Público do Ceará* - Ano 9, nº 2 (jul./dez.2017) – Fortaleza: PGJ/ESPM/CE, 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE FILOSOFIA, ÉTICA E SISTEMAS JURÍDICOS DA EMERJ, 02, 2019, Rio de Janeiro. *Lex et Jus*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2019.

G1. *Presídio onde 57 morreram no Pará está superlotado e em condições 'péssimas', aponta CNJ*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/07/29/presidio-onde-52-morreram-no-para-esta-superlotado-e-em-condicoes-pessimas-aponta-cnj.ghtml>>. Acesso em: 24 ago. 2019.



_____. *Rio registra mais de mil invasões de imóveis em 5 anos; milícias agem em 8 dos 10 bairros com mais casos*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/07/29/presidio-onde-52-morreram-no-para-esta-superlotado-e-em-condicoes-pessimas-aponta-cnj.ghtml>>. Acesso em: 29 set. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?* Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 24 ago 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/18540/o-stf-esta-assumindo-um-quot-ativismo-judicial-quot-sem-precedentes>. Acesso em: 24 ago. 2019.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17.ed., São Paulo: Atlas, 2005.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed., São Paulo: Atlas, 2017.

PORTUGAL, André. *Obra do filósofo Ronald Dworkin é gigante, mas possui falhas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/andre-portugal-obra-ronald-dworkin-gigante-aspossui-falhas>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

SILVA, Denival Francisco da. *De Hércules a Hulk, a (re)personificação do juiz*. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/04/24/de-hercules-a-hulk-a-repersonificacao-do-juiz/>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

VITAL, Danilo. *STJ cobra respeito à jurisprudência de juízes e tribunais, sob pena de colapso*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/anuario-justica-stj-teme-colapso-cobra-unificacao-jurisprudencial>>. Acesso em: 07 set. 2019.

WIKIPÉDIA. *Operação Lava Jato*. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Operação_Lava_Jato&oldid=56351496>. Acesso em: 28 set. 2019.

A REPROVABILIDADE NO HOMICÍDIO PRATICADO POR MOTORISTA EMBRIAGADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR

Letícia Borges da Fonseca Freire

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense.
Advogada.

Resumo – O homicídio praticado por motorista embriagado vem sofrendo mudanças de tratamento tanto pela legislação quanto pela jurisprudência, em virtude de sua alta reprovabilidade. Nesse contexto, este trabalho tem como objetivo abordar a ausência de uma reprimenda estatal adequada ao delito, já que ainda é tratado a título de culpa pela norma penal. Para ratificar a tese, a pesquisa compara o regramento dado pela lei ao crime de racha e à embriaguez ao volante, ambos crimes graves, mas com respostas penais diferentes.

Palavras-chave – Direito Penal. Homicídio. Motorista Embriagado. Dolo Eventual. Culpa Consciente.

Sumário – Introdução. 1. O papel da política criminal no Direito Penal. 2. Embriaguez ao volante e crime de racha: uma análise crítica das Leis nº 12.971/2014 e nº 13.546/2017. 3. Há espaço para o dolo eventual no homicídio praticado por motorista embriagado? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa a discutir a reprovabilidade do homicídio praticado por motorista embriagado na direção de veículo automotor, seu tratamento desproporcional em relação ao crime de racha e a possibilidade de imputar o dolo eventual.

Sabe-se que uma das principais causas dos crimes de trânsito é a embriaguez do motorista, podendo ser provocada por ingestão de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência. Não é por outro motivo que o CTB vem sendo alterado por diversas leis na tentativa de criar medidas que possam prevenir esse tipo de delito.

Nesse sentido, alterações relevantes foram trazidas pelas Leis nº 13.546/2017 e nº 12.971/2014, especialmente nos delitos do art. 302 e 308 do CTB, quais sejam, homicídio culposo na direção de veículo automotor e crime de racha, respectivamente.

Todavia, após uma análise, verifica-se que não foi dado um tratamento proporcional aos referidos delitos. Se ambos possuem a mesma reprovabilidade, já que são causados por uma grave violação ao dever de cuidado do motorista, em virtude de sua conduta irresponsável, por que esses delitos não teriam a mesma resposta penal?

É possível encontrar a resposta dessa pergunta na política criminal e na sua influência sobre a interpretação do aplicador do direito, ou seja, a forma como se aplica o



tratamento dado pela lei a um fato determinado tem relação direta com os motivos pelos quais foi criado esse tratamento.

Em suma, objetiva-se com esse trabalho enfatizar a reprovabilidade do homicídio praticado por motorista embriagado na direção de veículo automotor, fazendo uma comparação entre o tratamento penal dado ao racha e à embriaguez ao volante, comprovando a ausência de proporcionalidade na escolha do legislador.

No primeiro capítulo, faz-se uma abordagem sobre a criação de um tipo penal e sua aplicação ao caso concreto. Discute-se se essas atividades são feitas de forma isolada ou se a política criminal influencia na interpretação do aplicador do direito. Nesse sentido, o primeiro capítulo vem explicar o papel da política criminal na aplicação concreta do Direito Penal, demonstrando que ela assume função relevante para o operador do direito.

Evoluindo para o segundo capítulo, critica-se a forma pela qual o legislador tratou o crime de racha e a embriaguez ao volante, já que ambos são condutas com a mesma reprovabilidade e configuram violações a normas do CTB, mas possuem tratamentos diferentes na lei. Isso será feito por meio de uma análise crítica das Leis n° 13.546/2017 e n° 12.971/2014.

Por fim, no terceiro capítulo, tendo em vista que o CTB abriu espaço para o dolo eventual no crime de racha, discute-se a possível extensão desse tratamento ao homicídio praticado por motorista embriagado. Com isso, o terceiro capítulo trata sobre o resultado morte na embriaguez ao volante, defendendo a aplicação do dolo eventual e discutindo, ainda, acórdãos dos tribunais superiores que tocam o tema.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que são criadas hipóteses com origem em problemas, cujas consequências e resultados são confirmados ou refutados pelo pesquisador.

Para tanto, a abordagem escolhida será a qualitativa, por meio da qual o pesquisador recorre à jurisprudência, à doutrina e ao ordenamento jurídico para sustentar sua tese.

1. O PAPEL DA POLÍTICA CRIMINAL NO DIREITO PENAL

No Direito Penal, muito se discute acerca da legitimidade da repressão estatal. O que justifica o Estado impor uma sanção? O que torna legítima uma sanção que possa privar a liberdade do indivíduo?

Importante esclarecer que não se pode confundir a legitimidade da punição com a legalidade de sua aplicação. Se, por um lado, a legalidade está diretamente ligada à

conformidade ao ordenamento jurídico, por outro lado, a legitimidade está relacionada à opção feita pela sociedade em reconhecer tal ordem jurídica como válida. Enquanto a legalidade está ligada à forma, a legitimidade se vincula ao conteúdo da norma. Uma norma que está formalmente de acordo com o ordenamento, mas não é respeitada pelos indivíduos, é uma norma ilegítima.

A legitimidade do poder estatal de aplicar uma pena pode ser analisada por uma perspectiva interna e outra externa. Sob a perspectiva externa, a legitimação da pena analisa princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, procura encontrar razões que justifiquem o Direito Penal como ele é, em determinado momento histórico. Já sob a perspectiva interna, a legitimidade da punição consiste na análise de princípios normativos internos ao ordenamento jurídico. A aplicação da pena apenas será válida se observar todos os pressupostos previstos no ordenamento. Nesse contexto, a legitimidade interna da pena estuda como as escolhas político-criminais feitas pelo legislador são postas no ordenamento jurídico.¹

Segundo Fernando Galvão², “o sistema jurídico estabelece os limites da atividade repressiva, mas seus dispositivos harmonizam-se e, por isso, devem ser interpretados segundo as orientações político-criminais que decorrem dos parâmetros da legitimação externa”.

Significa dizer que a atividade punitiva estatal encontra seus limites no ordenamento jurídico, o que nada mais é do que uma aplicação do princípio da legalidade no Direito Penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Todavia, a interpretação desses limites deve ser feita de acordo com as concepções político-criminais, as quais estão diretamente ligadas ao modelo político vigente.

No mesmo sentido, Paulo Queiroz³ esclarece que:

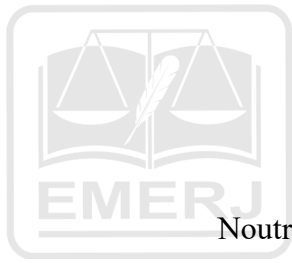
[...] as normas penais expressam, sem dúvida um dado modelo político-criminal ou, mais exatamente, vários modelos políticos (liberais, conservadores, etc.). Falar de direito penal é falar, assim, de um modelo político normatizado que, em razão das múltiplas possibilidades de interpretação e mudança do contexto sociocultural, jamais será um modelo estático, mas sempre dinâmico, em permanente transição.

Dessa forma, cabe à política criminal selecionar fatos sociais indesejáveis, ou seja, aqueles dignos da caracterização como delito e decidir pela respectiva pena o que evidencia a percepção do legislador acerca daquele fato.

¹GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*: parte geral. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 57-62.

²Ibid.

³QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 25.



Noutras palavras, ao tipificar um fato, o legislador, diante de sua reprovabilidade e dos conceitos jurídicos inerentes ao seu sistema criminal, prevê as modalidades por meio das quais a conduta se materializa, culposa ou dolosa.

Desse modo, dois comportamentos podem violar um mesmo bem jurídico, mas a adequação típica será resolvida de forma diferenciada de acordo com o elemento subjetivo do tipo. Assim, por exemplo, o homicídio e a lesão corporal seguida de morte possuem o mesmo resultado naturalístico, mas a manifestação subjetiva na produção do mesmo diferencia a imputação.

Galvão⁴ explica que “o conceito de dolo é utilizado para identificar a manifestação subjetiva considerada mais grave, e, conseqüentemente, aos crimes dolosos são cominadas penas mais severas que aos crimes que ofendem o mesmo bem jurídico de maneira culposa”.

O Código Penal não conceitua dolo e culpa, mas traz a definição de crime doloso e culposos em seu artigo 18.

Pela definição legal, conclui-se que o dolo envolve a vontade do agente em produzir o resultado (dolo direto) ou, ao menos, a assunção do risco de produzi-lo (dolo eventual). Quanto à culpa, embora o CP valora a conduta como negligente, imprudente ou imperita, a doutrina resume o delito culposos à violação a um dever objetivo de cuidado. Este é o cuidado analisado de maneira objetiva, que poderia ser exigido de um homem médio na situação concreta em que se encontrava.

Segundo Guilherme Nucci⁵, “dolo se refere a uma vontade ativa, aquela que provoca a efetiva atuação do agente em busca do seu objetivo (...) Dolo não é um pensamento, tampouco um simples presságio; não é uma vontade desprovida de efetividade”.

Por outro lado, a culpa consiste em uma ação descuidada, leviana, desprovida de vontade de produzir o resultado jurídico previsto no tipo penal.

Todavia, como não há previsão no ordenamento jurídico de uma responsabilidade penal objetiva, o delito culposos só pode ser imputado ao agente quando o resultado era previsível a seu autor.

Nesse contexto, a doutrina diferencia a culpa inconsciente da culpa consciente. Na primeira, embora exigível a previsibilidade do resultado, o agente não o previu. Já na segunda, o agente previu a produção do resultado, mas acredita que não ocorrerá ou que poderá evitá-lo.

⁴GALVÃO, op. cit., p. 280.

⁵NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 135.

Para melhor compreensão, necessário também diferenciar a culpa consciente do dolo eventual. Este pressupõe que o agente tenha previsto o resultado e assumido o risco de produzi-lo. Aquela implica na previsibilidade do resultado, mas em nenhum momento o agente assume o risco de provocar o resultado danoso.

Para Galvão⁶, “o que importa para a caracterização do tipo culposo é o fato de que o sujeito não pretendia realizar nem assumiu o risco de realizar a conduta lesiva ou potencialmente lesiva ao bem jurídico”.

Dessa forma, enquanto no crime doloso a conduta do agente é dirigida à realização do resultado jurídico, quer por querê-lo, quer por assumir o risco de produzi-lo, no crime culposo, ainda que possa produzir o mesmo resultado, não há vontade do sujeito na realização deste. E é exatamente a vontade do agente que confere relevância na reprovabilidade jurídica da conduta. Matar alguém deliberadamente não possui a mesma gravidade do que matar alguém por meio de uma ação descuidada.

Trazendo essa discussão para os crimes de trânsito, especialmente para o art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, verifica-se que a escolha político-criminal parece não ter sido a mais correta. Isso, porque o legislador optou por classificar o homicídio praticado por motorista embriagado na direção de veículo automotor como delito culposo (§3º), atribuindo-lhe uma reprovabilidade jurídica reduzida – possibilita, por exemplo, a substituição de pena independentemente do patamar da resposta penal –, o que não parece estar de acordo com o senso comum em torno da reprovabilidade concreta do fato.

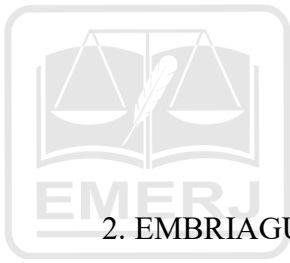
Como bem explica Nucci⁷, “as inúmeras campanhas realizadas, demonstrando o risco da direção perigosa e manifestamente ousada, são suficientes para esclarecer os motoristas da vedação legal de certas condutas [...]”.

Dessa forma, se, mesmo com toda a publicidade e a vedação legal no CTB, há motoristas que preferem dirigir embriagados, é evidente o desinteresse pela segurança dos demais.

Com isso, é possível questionar se a combinação da embriaguez com a direção perigosa pode possuir a reprovabilidade de um mero delito culposo, ou, alternativamente, se é possível, a depender das circunstâncias do caso concreto, reconhecer o dolo eventual no homicídio praticado por motorista embriagado.

⁶GALVÃO, op. cit., p. 280.

⁷NUCCI, op. cit., p. 136.



2. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E CRIME DE RACHA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS LEIS Nº 12.971/2014 E Nº 13.546/2017

Segundo dados da OMS⁸, 1,3 milhão de pessoas morrem por ano devido a acidentes de trânsito. O estudo foi realizado com base em 178 países, com o Brasil ocupando o quinto lugar dessa lista. Nessa senda, restou demonstrado que tanto o excesso de velocidade quanto a ingestão de substâncias psicoativas estão diretamente ligados à produção desses acidentes fatais.

Ao que parece, não por outra razão, o Código de Trânsito Brasileiro - CTB (Lei nº 9.503/97) sempre tratou como comportamentos penalmente relevantes a embriaguez ao volante (art. 306) e a disputa de competição não autorizada (art. 308), o popularmente conhecido “racha”.

A preocupação com tais condutas apareceu, também, nas sucessivas alterações promovidas pelo legislador nos dois delitos desde a edição do CTB, a reforçar a relevância do bem jurídico tutelado em ambos, a segurança viária.

Em relação ao art. 306, as Leis nº 11.705/2008 e nº 12.760/2012 promoveram alterações na descrição da conduta de embriaguez ao volante, estabelecendo limites mais precisos, e justos, para o comportamento criminoso.

Contudo, mais recentemente, duas leis promoveram alterações no CTB que impactaram de modo bastante relevante o regime jurídico das duas condutas.

Em 2014, a Lei nº 12.971⁹, a par de alterar a pena do delito de racha, introduziu dois parágrafos no artigo 308 do CTB para alcançar lesões graves e mortes decorrentes do próprio racha.

É de se destacar o §2º introduzido pela Lei nº 12.971/2014, que previu uma nova qualificadora para o crime de racha, aumentando o intervalo da pena para 5 (cinco) a 10 (dez) anos, caso a conduta do agente provoque a morte de alguém.

⁸BRASIL. Senado Federal. *Estudo da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre mortes por acidentes de trânsito em 178 países é base para década de ações para segurança*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/motos/saude/estudo-da-organizacao-mundial-da-saude-oms-sobre-mortes-por-acidentes-de-transito-em-178-paises-e-base-para-decada-de-aco-es-para-seguranca.aspx>> Acesso em: 06 abr. 2019.

⁹BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

A introdução parecia criar um novo panorama jurídico em torno da morte no contexto do racha, pois a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há muito havia assentado o reconhecimento do dolo eventual em relação à morte no racha.¹⁰

Criou-se, aparentemente, uma mitigação neste entendimento do STF, por permitir a atribuição do resultado morte a título de culpa, muito embora o parágrafo segundo fizesse menção às “circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo”¹¹, o que deixava aberta, ainda, a possibilidade de atribuição do dolo eventual.

Contudo, em que pese o aumento da reprovabilidade, por um equívoco de técnica legislativa, a mesma Lei n° 12.971/2014 criou um § 2° no art. 302¹² abrangendo a morte no contexto do racha.

A introdução deste parágrafo que colhia, a um só tempo, a morte no contexto da embriaguez e do racha, num primeiro momento poderia denotar uma compreensão quanto à equivalência das violações das regras destinadas à manutenção da sobredita segurança viária nas duas hipóteses. Contudo, no que toca à alteração do art. 308 do CTB, em especial do § 2°, a disposição tornou inaplicável a figura qualificada do racha.

E assim o foi porque uma mesma conduta teria incidência em dois dispositivos trazidos por uma mesma lei, sendo que um deles atribuía pena de até dez anos e, o outro, pena de quatro anos de reclusão. Por evidente que a aplicação concreta da lei se resolvia pelo dispositivo mais benéfico.

Essa imprecisão técnica, que tornava inaplicável disposições introduzidas no delito de racha, só foi resolvida com a revogação do § 2° do art. 302 pela Lei n° 13.281/2016.

A cronologia legislativa, então, impunha a existência de figuras qualificadas para alcançar a morte e a lesão grave no contexto do racha, porém, não havia uma figura típica específica para tratar da lesão grave e da morte no contexto da embriaguez ao volante.

O tema, porém, não escapou de ser levado ao Supremo Tribunal Federal. Ao se debruçar sobre a imputação de dolo eventual decorrente da condução de veículo automotor sob estado de embriaguez, a primeira turma do tribunal¹³ assim se pronunciou:

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 71800*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73341>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 9.

¹²Ibid.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 107801*. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1509910>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual. (...) A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo.

É de se ver que o STF recusou a atribuição automática de homicídio doloso como decorrência do fato de ter o condutor se embriagado, contudo, pareceu impróprio misturar os temas embriaguez e dolo, pois, como se sabe, a embriaguez preordenada, aquela destinada a encorajar o agente para a prática do crime, parece estar associada ao dolo direto, pois se liga à vontade prévia de cometer um delito.¹⁴

Contudo, o dolo eventual mereceria uma reflexão mais aprofundada.

Não há propriamente uma decisão de alcançar o resultado, como no dolo direto, mas a aceitação do risco de que o tipo penal se realize.

Urge que se registre, não obstante, que o STF não se pronunciou sobre hipótese na qual, para além da própria embriaguez, houve outras circunstâncias a indicar uma valoração normativa próxima do dolo eventual (direção sem habilitação, direção em altíssima velocidade, direção na contramão, v.g.).

Foi neste contexto que veio a Lei nº 13.546/2017¹⁵, que introduziu o §3º no artigo 302 do CTB, prevendo nova qualificadora para o tipo penal, alterando, também, o *caput* do art. 308.

O confronto entre as mortes no contexto do racha e da embriaguez ao volante correlaciona-se com a violação de normas do Código de Trânsito erigidas em prol da segurança viária na linha de um direito penal da precaução.¹⁶

É nesse contexto que se proibem o racha e a embriaguez ao volante, por estarem associados a tais resultados indesejados.

A questão de fundo aqui passa a ser: há sentido na opção político-criminal de distinguir as penas do resultado morte quando derivado do racha e da embriaguez?

Enquanto o §2º do art. 308 prevê a pena de 5 (cinco) a 10 (dez anos), o §3º do art. 302 prevê a pena de 5 (cinco) a 8 (oito) anos. O problema, porém, não se esgota na diferença dos preceitos secundários, o que poder-se-ia dizer ser fruto de uma decisão político-criminal.

¹⁴BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. São Paulo: Saraiva, nº 20, 2016, p. 500-501.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁶Sobre o direito penal de precaução: BOTTINI, Pierrapaolo Cruz. *Crime de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007, p. 109-110.

Embora o crime do art. 306, do CTB seja essencialmente doloso, o delito do art. 302 § 3º é culposo, ou seja, a embriaguez ao volante tornou-se elemento da culpa na inovação empreendida. Ao proceder dessa forma, o legislador deixou aberta a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, qualquer que seja a pena aplicada (art. 44, I, CP).

Isto parece colidir com o aumento de pena pretendido.

Ao elevar a pena mínima para 5 anos o legislador parecia pretender escapar, justamente, do limite para substituição da pena privativa de liberdade (art. 44, I, primeira parte, CP), porém, mais uma vez, obrando sem técnica, ignorou que o crime culposo sempre comporta a mencionada substituição.

Por outro lado, a morte no contexto do racha exprime um crime qualificado pelo resultado - um crime doloso ao qual se associa um resultado culposo -, crime este no qual a substituição de pena será afastada em razão da pena mínima que já é cominada ao delito.

Essa diferença de tratamento não parece ser justificada. Tanto a morte provocada pela embriaguez quanto a morte provocada pelo racha configuram condutas altamente reprováveis que derivam da violação dos deveres dispostos no CTB.

Nesta senda, importante ressaltar, a par do problema acima lançado acerca da diversidade de naturezas das condutas e de penas, fruto de uma decisão político-criminal errática, não se pode olvidar que o §2º do art. 308¹⁷ abre espaço para a aplicação do dolo eventual, ao dispor que será aplicada a qualificadora quando “as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo”.

Quando o agente previu o resultado, mas não o desejou nem assumiu o risco de produzi-lo, ou seja, o agente realmente acreditou que não iria produzir o resultado, configura-se a culpa consciente.

Contudo, se o agente assumiu o risco de produzi-lo, será possível responder por homicídio doloso, sob a modalidade do dolo eventual.

O mesmo não ocorre com o homicídio praticado por motorista embriagado. O nominado §3º do art. 302 parece não possibilitar a aplicação do dolo eventual por uma absoluta ausência de ressalva.

A *vexata questio* que se apresenta é justamente a possibilidade de imputação a título de dolo eventual da morte provocada por motorista embriagado na direção de veículo automotor.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 9.

3. HÁ ESPAÇO PARA O DOLO EVENTUAL NO HOMICÍDIO PRATICADO POR MOTORISTA EMBRIAGADO?

Os dois primeiros tópicos desse trabalho procuraram fazer uma abordagem sobre a opção político-criminal referente à reprovabilidade do homicídio no trânsito com motorista embriagado, bem como demonstrar, por meio de uma comparação com o crime de racha, que a escolha de um delito culposo para um fato tão grave não foi razoável.

Nesse contexto, o presente capítulo tem como objetivo trazer a posição dos tribunais superiores sobre o tema e discutir a possibilidade de imputar dolo eventual a esse tipo de homicídio.

Com a pesquisa jurisprudencial, ficou evidenciado que a embriaguez isolada não pressupõe que o motorista assumiu o risco de ceifar a vida de alguém. É possível que a embriaguez acarrete a mudança da imputação para um dolo eventual, porém, ela deverá estar acompanhada de outros elementos que possam incrementar o risco da conduta, como direção perigosa, velocidade exagerada, entre outros.

Assim entendeu o STJ¹⁸:

(...) 5. É possível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual na conduta do autor, desde que se justifique tal excepcional conclusão a partir de circunstâncias fáticas que, subjacentes ao comportamento delitivo, indiquem haver o agente previsto e anuído ao resultado morte.

6. A embriaguez do agente condutor do automóvel, sem o acréscimo de outras peculiaridades que ultrapassem a violação do dever de cuidado objetivo, inerente ao tipo culposo, não pode servir de premissa bastante para a afirmação do dolo eventual. Conquanto tal circunstância contribua para a análise do elemento anímico que move o agente, não se ajusta ao melhor direito presumir o consentimento do agente com o resultado danoso apenas porque, sem outra peculiaridade excedente ao seu agir ilícito, estaria sob efeito de bebida alcoólica ao colidir seu veículo contra o automóvel conduzido pela vítima.

No mesmo sentido está o STF¹⁹:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. (...) A prova da embriaguez pode ser feita por outros meios idôneos de prova (como o

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1689173/SC*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1689173&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 14 jul. 2019.

¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 124687*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000270522&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

depoimento de testemunhas e laudos periciais). Hipótese em que as instâncias de origem, soberanas na análise da prova, consignaram que o paciente, após a ingestão de bebida alcoólica e na condução de veículo automotor, invadiu a faixa contrária da via pública e atingiu a vítima. 4. Habeas corpus denegado.

A posição dos tribunais mostrou-se técnica, tendo em vista que, em tese, o mero fato de o motorista encontrar-se embriagado não evidencia a assunção de produzir o resultado morte por parte do mesmo.

Todavia, trazendo essa discussão para a realidade fática, o agente se beneficiará com a menor reprovabilidade do artigo 302 do CTB.

Suponha o seguinte exemplo.

Um jovem de 20 anos se embriaga em uma festa, mas opta por voltar dirigindo a sua casa. No caminho, ao fazer uma curva, perde a direção e atropela uma adolescente na calçada. Ao perceber a gravidade da situação, ele foge e não presta socorro à vítima, que vem a falecer no mesmo dia em razão dos ferimentos.

Chegando ao local, os policiais encontram bebida alcoólica dentro do veículo. Como o jovem fugiu, não foi realizada perícia para atestar a embriaguez.

Denunciado e processado, o jovem foi condenado pelo homicídio culposo do artigo 302 do CTB, e, como era réu primário, teve sua pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direito (no caso, prestação de serviço).

É possível identificar alguns problemas na hipótese.

Primeiro, é forçoso presumir que, se o jovem perdeu a direção em uma curva, subindo a calçada e atropelando outra pessoa, ele estava em velocidade acima da permitida, o que demonstra uma direção perigosa. No entanto, a prova da direção perigosa está mais próxima de um juízo subjetivo do magistrado, pois não existe um critério normativo. Assim, acarreta a produção de decisões conflitantes.

Segundo, como já explicado no capítulo anterior dessa pesquisa, a Lei 13.546/17 alterou o art. 302 do CTB²⁰ para aumentar o intervalo de pena de cinco a oito anos quando “o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. É evidente ser uma tentativa do legislador de agravar a pena para um delito tão reprovável.

Entretanto, como a qualificadora está inserida em um delito culposo, não se aplica o limite de pena de quatro anos para impedir a substituição da pena pela restritiva de direito, nos termos do artigo 44, inciso I, do CP. Em outras palavras, sendo um crime culposo, é

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 9.



irrelevante o intervalo de pena inserido pelo legislador, pois, sendo réu primário, a pena será substituída.

Dessa forma, não é difícil perceber que a reprimenda estatal para a referida conduta criminosa está longe de ser justa. O jovem ceifou a vida de uma adolescente em virtude de uma escolha irresponsável de dirigir após embriagar-se. Uma vida foi extinguida e a punição escolhida pelo Estado foi a prestação de serviço.

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso²¹:

Acho que a única forma de se coibir esta quantidade maciça de morte, geralmente de jovens, por direção embriagada é tratar isso com a seriedade penal que merece. Portanto, não é possível glamourizar a bebida no trânsito, sobretudo quando resulta em morte de outras pessoas. É preciso que quem dirija tenha essa percepção. De modo que eu tenho defendido, e a Primeira Turma tem defendido, a posição de que, nesses casos, é legítimo o tratamento como crime doloso e julgamento pelo Tribunal do Júri.

Nessa senda, verifica-se que a jurisprudência dos tribunais vem modificando o tratamento do dolo eventual e da culpa consciente no que toca aos crimes de trânsito, em razão da seriedade do tema. Entender pela aplicação do dolo eventual já configura um grande passo, porém, como já explicado acima, a decisão sofre influência de aspectos subjetivos do magistrado.

Embora a individualização da pena seja uma garantia constitucional do réu, o julgamento caso a caso gera decisões conflitantes e, por óbvio, injustas.

Com isso, a melhor solução seria uma mudança legislativa, a fim de que o legislador possa inserir critérios normativos e específicos que transformem a culpa consciente em dolo eventual.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou que tanto o legislador quanto a jurisprudência se encontram na tentativa de modificar o tratamento do homicídio praticado por motorista embriagado.

Conforme se verificou no segundo capítulo, o CTB sofreu algumas mudanças nos últimos anos, em especial, no art. 302, no intuito de agravar a resposta penal no caso de o homicídio ser praticado por motorista sob efeito de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 19.

A jurisprudência dos tribunais superiores foi abordada no terceiro capítulo, a qual já abriu espaço para o dolo eventual no delito em questão, desde que a embriaguez esteja acompanhada de outros elementos que possam incrementar o risco criado pela conduta do agente, como a direção perigosa.

Em tese, a jurisprudência mostrou-se correta ao entender que a mera embriaguez não configura o dolo eventual na conduta do sujeito. Todavia, na prática, a conclusão não produz efeitos positivos, tendo em vista que o incremento do risco é de difícil comprovação. Além disso, a direção perigosa está atrelada a um juízo subjetivo do magistrado, pois não existe um critério objetivo previsto em lei.

Nesse sentido, ao não conseguir demonstrar que a embriaguez estava acompanhada de outros elementos, o delito, que possui grande reprovabilidade, continua sendo tratado de forma branda, já que, sendo tipificado como homicídio culposo, admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a reprimenda estatal para o presente delito ainda não é proporcional à sua gravidade. E isso produz alguns problemas.

Primeiro, a ausência de uma resposta penal adequada produz um sentimento de injustiça tanto na família da vítima quanto na sociedade. O agente que, por resultado de uma conduta irresponsável, ceifou a vida de outra pessoa, poderá nem ter sua liberdade atacada pelo Estado.

Além disso, não existindo uma proporcionalidade entre delito e pena, o Direito Penal não estará cumprindo uma de suas principais funções, qual seja: a de prevenir que outros delitos da mesma natureza sejam praticados. Se o agente sabe que não existe uma pena grave para a direção misturada com a embriaguez, ele continuará na reiteração da conduta.

Por essas razões, fica evidente que a proposta da pesquisa é demonstrar a necessidade urgente de uma mudança legislativa, tendo em vista que a norma não está no mesmo sentido da realidade fática.

Se o legislador optar pelo tratamento com dolo eventual, é de extrema relevância a criação de critérios normativos e específicos que possam configurar o dolo eventual no caso concreto.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. São Paulo: Saraiva, nº 20, 2016.



BOTTINI, Pierrapaolo Cruz. *Crime de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 09 mar. 2019.

_____. Senado Federal. *Estudo da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre mortes por acidentes de trânsito em 178 países é base para década de ações para segurança*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/motos/saude/estudo-da-organizacao-mundial-da-saude-oms-sobre-mortes-por-acidentes-de-transito-em-178-paises-e-base-para-decada-de-aco-es-para-seguranca.aspx>> Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1689173/SC*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1689173&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 71800*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73341>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 107801*. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1509910>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 8. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

A PSICOGRAFIA COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

Letícia Laira Mattoso Albino

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

Resumo: A pesquisa se propõe a demonstrar a discussão existente a respeito da relação entre o fenômeno mediúnico psicográfico e o Direito, tendo em vista que ambos se entrelaçaram com o decurso dos anos, trazendo consigo pontos interessantes e vertentes variadas, que circundam os operadores do judiciário. A problemática foi trazida com rigores estritamente jurídicos, sem adentrar convicções pessoais e religiosas, e levando-se em conta a atual lógica processual penal- constitucional, e os imperativos da necessidade humana. Longe da pretensão de solucionar questões e sanar dúvidas, o que se busca neste trabalho, em especial, é traçar considerações sobre a possibilidade de fatos que escapam ao conhecimento humano, e beiram o sobrenatural, serem usados como meio de prova, pois, que ausente proibição legal.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Prova. Carta Psicografada.

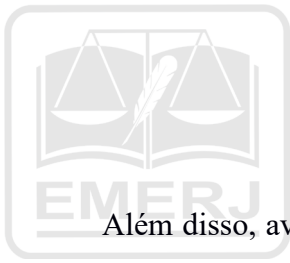
Sumário – Introdução. 1. A dualidade de argumentos sobre a admissibilidade da carta psicografada. 2. A insegurança jurídica em contraposição à efetividade da prestação jurisdicional. 3. Influência e consequências da psicografia para as partes e o processo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a temática das cartas psicografadas como meio de prova no âmbito processual penal, no juízo comum e no tribunal do júri, e suas implicações para as partes e o processo, com fins de garantir a satisfação da prestação jurisdicional, dentro de um contexto de busca de efetividade dos princípios processuais-constitucionais: contraditório, ampla defesa, e devido processo legal.

O trabalho enfoca a temática do uso do material mediúnico como meio de se provar a veracidade de um fato, demonstrando que o Direito não é estático, mas sim uma ciência em movimento, e como tal deve acompanhar a evolução social, e se abrir à mudanças que possam lhe trazer concretude, aceitando novos métodos que possam fazer parte desta evolução.

Objetiva-se, realizar um estudo quanto à possibilidade de admissão do referido tipo de prova no Direito Brasileiro, identificando a sua repercussão para os principais envolvidos na lide- magistrado, autor, réu e vítima- em se tratando de uma inovação jurídica.



Além disso, avaliar de que forma é possível aliar as cartas psicografadas aos meios de provas lícitas, no sentido de usar suas faces para melhor entendimento do segmento processual e seus diversos aspectos.

Para tanto, aborda-se as divergências a respeito do tema de modo a conseguir verificar se é possível e cabível o uso de provas, além das tradicionalmente conhecidas, tais como a psicografia, desde que lícitas e capacitadas à comprovação de fatos, de forma a inferir decisivamente na situação, e formar o livre convencimento motivado do magistrado.

O tema é controvertido e merece destaque, haja vista ser uma questão de trato delicado a inserção de prova desta modalidade no âmbito do Poder Judiciário, principalmente quando o que está em questão são bens preciosos e dignos de tutela penal e constitucional.

O Código de Processo Penal diz que o magistrado deve formar sua convicção mediante a livre apreciação da prova, esta produzida em contraditório judicial. Assim, para uma melhor compreensão do tema, apresenta-se ideias conceituais relativas à prova, mediante a análise de como tal instituto foi influenciado ao longo dos anos em razão das mudanças sociais, reforçadas pelo advento da Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, ao longo da história jurídica pátria, as recorrentes transformações sociais permitiram que, de forma inédita, fossem admitidos, em alguns casos, novos meios de prova, diversos daqueles até então existentes, a saber, as cartas psicografadas, em clara flexibilização ao pensamento dominante à época. Este acontecimento traduz uma nova perspectiva, no sentido de que se o deslinde do caso concreto e o alcance da justiça devem ser os maiores ideais a serem alcançados, todos os meios lícitos que elucidem a questão podem ser aproveitados pelo magistrado.

Dá-se início ao primeiro capítulo do trabalho apresentando a relevante contraposição de ideias entre os que argumentam de maneira crítica rechaçando a psicografia, com base em seu cunho religioso e na laicidade do Estado, e os que dizem que em sendo lícita e legítima deve ser considerada válida, como qualquer outra prova, desde que atendidos os requisitos exigidos para a confirmação de veracidade das provas documentais em geral.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a questão da possível insegurança jurídica gerada pela aceitação deste meio probatório, que em sendo aceita o seria com fins exatamente opostos a isso, uma vez que objetivando a solução dos casos concretos e a prolação de decisões justas.

Por fim, no terceiro capítulo, pretende-se, ainda, tratar das consequências desta prova para o direito e as partes, sobretudo em se tratando de ação pública incondicionada. Então, foi necessário refletir de forma breve sobre a influência da religiosidade no Direito.

Tendo em vista que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, viáveis e adequadas segundo sua ótica pessoal para análise do objeto, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, com o fito de comprovar ou rejeitar argumentativamente tais proposições.

Assim, a fim de sustentar a sua tese, objetiva-se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa. Nesse sentido, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa.

1. A DUALIDADE DE ARGUMENTOS SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA CARTA PSICOGRAFADA

Inicialmente, se fará a introdução de algumas informações e definições basilares sobre o tema, indispensáveis à melhor compreensão do trabalho, pois que em sua ausência o estudo sobre a possibilidade do uso da psicografia como meio de prova não se concretizaria.

A prova é considerada um dos institutos mais importantes do direito processual penal, não traduzindo apenas um direito, mas uma garantia constitucional, que culmina com a plena efetivação do devido processo legal, pois sua finalidade é a de esclarecer o magistrado a cerca da ocorrência ou não do fato, a fim de formar a convicção necessária para o ato decisório. Por isso, ela deve se apresentar por meios idôneos e apropriados para tal.

Por ser um instituto de caráter essencial no âmbito do processo, o legislador constitucional impôs limites à atividade probatória, sendo livre a produção de provas desde que atendidos critérios legais. Então, para uma prova ser tida como válida, não pode ser obtida por meios ilícitos, nem ser ilegítima. Assim, o código de processo penal não limita os meios probatórios, o veto às provas que atentam contra a moralidade e dignidade da pessoa humana decorre de princípios constitucionais.

Não há prova de caráter absoluto no processo penal brasileiro, tampouco hierarquia entre provas, ou limites à sua admissão. O magistrado possui liberdade de valoração, atribuindo o peso que achar cabível segundo a própria consciência, mas

respeitando os princípios, dentre eles o da tolerância religiosa, e o ordenamento jurídico. A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, dever decorrente do comando constitucional.

Destaca-se, pois, que não há vedação alguma na Carta Constitucional quanto à utilização desta modalidade de documento, nem mesmo o Código Processual Penal faz restrições ao uso da carta psicografada. Conforme demonstrado, sua produção não infringe nenhuma norma material ou processual, e por esse motivo não deve ser reputada como ilícita ou ilegítima, sendo perfeitamente possível sua aceitação.

Na busca pelo bom senso e pelo justo, faz-se necessário analisar a matéria sob as diversas perspectivas, razão pela qual serão aqui trazidas algumas vertentes existentes na doutrina, e suas diretrizes de argumentação.

De forma preliminar, insta mencionar as posições doutrinárias que tem como base argumentativa a laicidade do Estado. Há duas interpretações possíveis a serem extraídas deste entendimento. Uma no sentido de que o Estado não está aberto para questões religiosas atreladas ao direito, não se admitindo provas que pendam para o lado religioso, o que afronta a liberdade de consciência e de crença trazida na Constituição Federal, assim como a laicidade estatal.

Assim, consoante o entendimento de Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro¹:

[...] a separação entre Estado e Igreja nada mais é do que uma garantia fundamental (direito-garantia), voltada especificamente à proteção dos direitos integrantes do conceito de liberdade religiosa, pois a história das sociedades já evidenciou que a associação entre político e religioso, entre os poderes temporal e espiritual, gera o aniquilamento das liberdades e promove intolerância e perseguições [...].

Uma segunda interpretação, mais razoável, é a de se entender que sendo o Estado laico, porque não tem religião, há a abertura para que se busque a justiça independente da situação de religiosidade existente, o que vai ao encontro do disposto na carta magna, e se mostra mais favorável não só ao réu, mas à ambas as partes, de exercerem os seus direitos de forma plena e isonômica.

Nessa linha, preleciona Daniel Sarmento²:

[...] o direito e a religião são formas de controle social, e por ambas terem tamanha repercussão em nossa sociedade, acabam influenciando uma a outra. É impossível

¹ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. Liberdade religiosa, separação Estado-Igreja e o limite da influência dos movimentos religiosos na adoção de políticas públicas. *Revista de informação legislativa*, Brasília, nº 180, p.347-373, out/dez. 2008.

² SARMENTO, Daniel. *O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 60.

para o magistrado ou qualquer outro intérprete da lei separar-se completamente de seu vínculo religioso no momento de decidir, mas o que a laicidade do Estado pretende, sendo este princípio constitucional, é impor ao magistrado que persiga esse objetivo no exercício de sua jurisdição. A presença de um símbolo religioso só vem deixar isso mais difícil [...].

Com relação aos princípios do contraditório e ampla defesa, na visão apontada pelos opositores, por se tratar de prova cuja parte contrária não pode rechaçar, em absoluto, pois que sobrenatural, não haveria que se falar em sua admissibilidade, já que violaria tais garantias.

Filiado a esta corrente é Nucci³, que afirma:

[...] o perigo na utilização da psicografia no processo penal é imenso. Fere-se preceito constitucional de proteção a crença de cada brasileiro; lesa-se o contraditório; coloca-se em risco a credibilidade das provas produzidas, invade-se a seara da ilicitude das provas; pode-se; inclusive, romper o princípio da ampla defesa [...].

Todavia, segundo os adeptos de ideia extrema oposta, sabe-se que se trata de um meio de prova como qualquer outro, podendo a carta ser refutada, e confrontado o seu conteúdo, caso se verifique não ter relação com a verdade dos fatos ou quando paire dúvida sobre sua autenticidade.

Como um dos defensores deste pensamento, cita-se Nemer Ahmad⁴:

[...] verificado que a prova psicografada não é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro (...); não possui caráter religioso como apregoado pelos, seus opositores, possibilita o contraditório através da pericia que atesta a grafia do Espírito comunicante, as mensagens poderão apresentar fatos ocorridos na vida no Espírito comunicante, totalmente desconhecido do médium psicógrafo; pode se produzida em um médium psicógrafo analfabeto, poderá ser ditada em idioma totalmente desconhecido do médium, deflui-se inexoravelmente que a utilização como fonte de prova poderá auxiliar a cognição do juiz não gera incerteza jurídica [...].

Assim sendo, no tribunal do júri, no qual predomina não o livre convencimento motivado do juiz singular, mas sim a soberania dos veredictos, e não se exige a fundamentação das decisões proferidas, também pode haver o uso da psicografia como forma de se garantir o devido processo legal, haja vista que os jurados são responsáveis pela análise conjunta dos elementos probatórios, e caso seja o julgamento contrário às provas dos autos, é passível de ser anulado, não havendo quaisquer prejuízos para as partes.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 396.

⁴AHMAD, Nemer da Silva. *Psicografia: O Novo Olhar da Justiça*. São Paulo: Aliança, 2008, p. 87.

Outra questão a ser analisada é quanto à conexão da carta psicografada com o diploma processual penal, pois uma vez tida como desconexa deste é considerada ilícita. No mesmo pensamento é a doutrina de Roberto Serra⁵:

[...] caso se considere a psicografia (instrumento Espírita) meio de prova aplicável ao processo penal, malgrado a legislação ordinária não cogite a existência de pessoa após a morte, evidentemente que não haverá paridade entre os sujeitos processuais (acusação e defesa) [...].

Entretanto, o art. 232 do Código de Processo Penal⁶ estabelece que se considerem documentos escritos particulares. Em vista disso, a psicografia pode ser equiparada à prova documental particular, e sendo considerada um documento como qualquer outro, a sua utilização no processo é válida.

Nesse sentido, Ahmad⁷, veja-se:

[...] se o ordenamento jurídico brasileiro não veda a utilização da prova psicografada mesmo que não elencado no seu rol, não há como falar-se em prova ilícita porque, não sendo a prova psicografada de natureza religiosa sua obtenção não ofende nenhuma norma jurídica, portanto, sua ilicitude é incontestável [...].

Alguns autores atacam o uso desta prova sob o argumento de que estão sujeitas à fraudes, podendo prejudicar o bom andamento do processo, haja vista que em eventual falsidade ideológica ocorreria uma confusão em relação à quem deveria ser punido, o médium ou o espírito comunicante. Seguindo a linha de raciocínio de Renato Marcão⁸:

[...] o simples fato de a comunicação psicográfica ser submetida a grafoscopia e constatar-se, pericialmente, a autenticidade do documento, não a torna apta a servir de prova no processo penal para determinação ou não, da responsabilidade penal [...].

Entretanto, os defensores apontam que a fraude é passível de ocorrência em todo o universo das provas, não só nas documentais, e para isso deve o judiciário trabalhar em caráter preventivo, se valendo de meios como os exames periciais, a fim de inibir essas condutas. Elucida Ismar Estulano Garcia⁹ “que como há possibilidade de fraude, é muito

⁵ SERRA, Roberto da Silva Maia. Psicografia como meio de prova no processo penal. Brasília: *Revista Jurídica Consulex*, 2006, p.28.

⁶ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁷ AHMAD, op.cit., p. 37

⁸ MARCÃO, Renato. Psicografia como prova Judicial. *Revista Consulex*, Brasília, nº 229, p.50-56, jul\ago.2006.

⁹ GARCIA, Ismar Estulano. Psicografia como prova Judicial. *Revista Consulex*. Brasília, nº 229, p.25-26, jul\ago. 2006.

importante que seja submetida ao exame grafotécnico, para além de avaliar a credibilidade do médium [...]”.

Diante disso, constata-se a dualidade de posicionamentos acerca da utilização deste meio de prova partindo de um ponto comum: a laicidade estatal. Todos os demais argumentos opostos derivam deste ponto inicial. Ademais, é válido salientar que mesmo o Estado não possuindo uma religião oficial, a liberdade de crença e de exercício religioso é tutelada, o que legitima a psicografia como meio de prova.

Nessa linha, Eduardo Valério, com interessante manifestação sobre o tema citada na obra de Vladimir Polízio¹⁰:

[...] penso que as cartas psicografadas devem ser aceitas como mais um elemento de prova, a serem sopesadas pelo juiz (ou jurados, se no tribunal do júri), à luz do princípio da livre convicção; jamais como elemento absoluto e inquestionável que possa levar, por si só, a uma condenação ou a uma absolvição [...].

Desta forma, à luz da teoria das provas, o assunto deve ser tratado com cautela, dada a incerteza de informações e o eventual excesso de subjetivismo empregado em sua análise, devido à projeção e amplitude perpetrada pela psicografia.

2. A INSEGURANÇA JURÍDICA EM CONTRAPOSIÇÃO À EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

De acordo com o princípio da igualdade, garante-se tratamento isonômico à todas as pessoas, inclusive em âmbito processual, ou seja, a paridade entre os sujeitos, salvo as distinções que decorrem de situações concretas e legalmente dispostas.

Dessa forma, as partes é garantido o direito de poderem se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados ao convencimento do magistrado, a quem cabe acolher e valorar os meios probatórios considerados lícitos, sob pena de ocasionar insegurança jurídica.

O princípio da liberdade probatória se opõe ao princípio da taxatividade das provas, segundo o qual somente estaria autorizada a utilização de determinadas provas previstas de maneira específica em lei. Contudo, como já mencionado, no direito processual penal é admissível a produção de provas não disciplinadas em lei, desde que revestidas do caráter legal que lhes é exigido, o que revela não se tratar de uma liberdade irrestrita.

¹⁰ POLÍZIO, Vladimir. *A psicografia no tribunal*. São Paulo: Blutterfly, 2009, p. 147.

O contraditório é a chave fundamental de todo e qualquer processo. Por esse motivo, os defensores da corrente contrária à utilização da psicografia, tais como Guilherme Nucci¹¹, afirmam que aceitá-la seria comprometer a segurança jurídica das relações. Para eles, o contraditório seria prejudicado por não ser dado à outra parte a possibilidade de contraprova, haja vista tratar-se de meio de cunho sobrenatural, o que ensejaria a ineficácia da prestação jurisdicional, e a consequente violação ao devido processo legal.

Por outro lado, os adeptos da corrente que admite essa prova, como, por exemplo, Eduardo Valério¹², alegam, que a psicografia é um fenômeno real, e não integra nenhuma doutrina religiosa específica. Pois que, psicografar, por si só, não faz parte de culto religioso, muito embora alguns segmentos supostamente afirmem que seus membros psicografem. Portanto, trazendo a psicografia notas verificáveis, e sugerindo ela a obtenção de informação por via anômala, representa mais do que um mero movimento cultural, dogma ou crença, e merece verdadeiro tratamento científico. Logo, a laicidade do Estado não pode ser usada como argumento base para a proibição.

Na análise de ambas as posições, revela-se razoável verificar que a violação ao contraditório não ocorre de fato, especialmente quando se tem à disposição exames grafotécnicos que lhe serviriam para o confronto de autenticidade. Por ser o homem passível de erros, a psicografia está obviamente à mercê de equívocos. Em vista disso, estando sujeita a análise da perícia, a carta se equipara em termos de relativa segurança aos demais meios probatórios, e ainda que possa ser considerada como um meio inusitado, jamais pode obter conotação ilegal.

Assim sendo, deve-se priorizar sempre que possível à busca pela efetividade de jurisdição em detrimento da suposta violação à segurança jurídica. Não cabe ao Judiciário, pois, vedar sem amparo legal um meio de prova que nada tem de avesso ao direito. A carta psicografada é apenas um meio ainda pouco compreendido, por trazer consigo um contexto religioso enraizado, o que dá margem, por vezes, à interpretações equivocadas.

Outra questão interessante é aquela atinente à personalidade jurídica e sua influência na análise do caráter da prova, que constitui um dos grandes desafios sobre o tema. Isso porque, em se tratando de situação que envolve o de cujus, ausente a pessoa natural, também configurada a ausência de personalidade jurídica, extinta pelo evento morte.

Os direitos da personalidade são dotados de características especiais, na medida em que se destinam à proteção eficaz da pessoa humana em todos os seus atributos, de forma

¹¹ NUCCI, op. cit., p. 401.

¹² POLÍZIO, op. cit., p. 202.

a proteger e assegurar sua dignidade como valor fundamental, não podendo ser dotados de cunho patrimonial.

A legislação civil estabelece que o início da personalidade jurídica se dá com o nascimento com vida, e o seu fim, com a morte. Esse é o entendimento dos arts. 2º e 6º do Código Civil¹³, sendo resguardados também os direitos do nascituro, desde a concepção.

Com base no entendimento doutrinário, na conceituação dada por autores como Maria Helena Diniz¹⁴ e Pontes de Miranda¹⁵, pode-se dizer que a pessoa natural é aquela que está apta a arcar com os direitos e obrigações no âmbito jurídico, dando-se início à pessoa natural no nascimento com vida, independente do cadastro no registro civil, que é ato administrativo, e a pessoa natural se encerra com o advento da morte.

O tema pode trazer debates quanto à atribuição da autoria da carta psicografada: se seria ao espírito ou ao médium. Entretanto, é evidente a impossibilidade de se atribuir a autoria desse documento a uma alma, levando-se em conta que nosso sistema jurídico não se porta diante de questões extraterrenas, porque a lei civil estabelece que a morte extingue a personalidade humana. Assim, pode-se conferir a condição de autor ao médium.

Então, ainda que persista a divergência, não se pode limitar os direitos que competem ao réu, de modo que, seria mais viável admitir uma prova psicografada do que, em caso de dúvida, proceder à sua recusa e correr o risco de extinguir a oportunidade de comprovação da verdade, que podendo até mesmo absolvê-lo.

Isto posto, após um estudo à respeito dos direitos da personalidade, vê-se que vinculados diretamente à pessoa natural, e inatos à pessoa não podem ser atribuídos ao de cujus.

Por fim, ainda que se possa vir a eventualmente defender o uso das cartas psicografadas nos tribunais, o que representa uma das finalidades desta pesquisa, é notório que o Judiciário não se encontra amplamente apto a recepcionar esse tipo de prova, pois apesar das grandes repercussões, os casos em que isso foi possível foram isolados, os quais surgiram gerando bastante divergência, o que traçará novos rumos no mundo jurídico, ainda que à passos lentos.

¹³ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 set. 2019.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 22. ed., V.I. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 121.

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. 2 ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 209.

3. INFLUÊNCIA E CONSEQUÊNCIAS DA PSICOGRAFIA PARA AS PARTES E O PROCESSO

Apesar de não ser explícito, o Estado brasileiro, embora seja laico, também não é ateu, como se depreende do preâmbulo da Constituição, que invoca a proteção de Deus. Com base nisso, é que se admite o ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental (art.210, §1º, CRFB¹⁶) sob a forma de disciplina facultativa. Além disso, admite-se a produção de efeitos civis, ao casamento religioso (art. 226, §§ 1º e 2º, CRFB¹⁷). Em relação ao aspecto do direito à prestação, o art. 5º, VII, CRFB¹⁸, assegura a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

Do exposto, se infere que o respeito à liberdade religiosa, impede que determinadas questões sejam dirimidas pelo Poder Judiciário, o que não é absoluto, de forma que o Direito recebe certa influência de religiosidade.

Na definição do Dicionário¹⁹ a psicografia é definida como a escrita dos espíritos pela mão do médium. Para o estudioso Allan Kardec, codificador da doutrina espírita, a psicografia é: “transmissão do pensamento dos Espíritos por meio da escrita pela mão de um médium”. O pesquisador em tela chegou a este conceito ao observar os fatos mediúnicos com o objetivo de comprová-los cientificamente.

No médium escrevente a mão é o instrumento, porém a sua alma ou Espírito nele encarnado é o intermediário ou intérprete do Espírito estranho que ali se comunica. O médium, pois, é a pessoa que pode servir de meio entre o mundo dos espíritos e o dos homens, independente de sua condição moral, crenças ou mesmo de seu desenvolvimento intelectual.

Explanados os conceitos basilares, é importante entender também, que a psicografia não está atrelada a qualquer tipo de religião ou filosofia, sendo, portanto uma faculdade de que alguns seres humanos são dotados, e estudada principalmente pela Parapsicologia, que é a ciência capacitada para o estudo de fenômenos extra- sensoriais.

Como já mencionado, ao longo do trabalho, a verdade processual impede a utilização de meios de provas que ofendam os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, uma vez que não se permite buscar da verdade a todo custo. Na busca pela verdade processual

¹⁶ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

¹⁷Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ HOLANDA, Aurélio Buarque. *Mini Dicionário da Língua Portuguesa*. 8.ed. São Paulo: Positivo, 2010, p.74.

se desenvolve toda a sistemática probatória, encontrando-se nela os princípios que devem nortear essa perquirição pela realidade, e do respeito ou não à eles, surgirão consequências positivas ou negativas para as partes, e conseqüentemente para o processo. Por isso, tais princípios serão aqui analisados.

Dentre os princípios existentes, destaca-se o da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CRFB²⁰), sendo vedado que se utilize provas violadoras do direito material (provas ilícitas) ou processual (provas ilegítimas). No que se refere à este princípio, admite-se excepcionalmente, a possibilidade de se aceitar a prova ilícita, com base na proporcionalidade, quando favorável à defesa. Desse modo, uma vez que se admite uma prova ilícita, não há razão para desconsiderar a psicografia, que nada tem de ilícita, como uma prova.

Quanto à ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, CRFB²¹), a psicografia se coaduna com ambos, pois quanto ao primeiro, é viabilizado ao réu se utilizar de diversos meios para demonstrar inocência, e inadmitida a psicografia se estará limitando o seu direito. Quanto ao último, embora na produção da carta psicografada não exista o contraditório, ao réu é dada a oportunidade de confrontá-la, quanto à fonte e ao conteúdo.

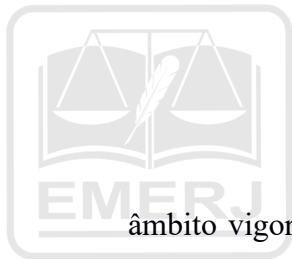
Com efeito, o julgador que rejeita esta prova não está somente restringindo à liberdade do jurisdicionado, como também a sua própria prerrogativa de exercer o livre convencimento motivado, tendo em vista que limitará aquilo sobre o qual formará seu convencimento. Além disso, o princípio do livre convencimento motivado possui correlação com o princípio da liberdade das provas, que afirma ser exemplificativo o rol de provas dispostos em lei, sendo possível ao magistrado formular suas convicções com base em prova não legalmente prevista.

Infere-se, pois, que a obediência aos mencionados princípios garante às partes a segurança de uma decisão justa e igualitária, independente de eventual condenação, que será feita com base em parâmetros de legalidade. Por outro lado, o desrespeito à eles pode ocasionar consequências irreversíveis, conforme a natureza do bem tutelado, que dada à sua natureza pode não ser passível de retorno ao status quo anterior, ainda que haja a nulidade da decisão ou do processo, o que resultará em graves danos aos envolvidos.

Outro aspecto que merece análise é quanto ao Tribunal do Júri, pois no Brasil, a maior incidência de aplicação de cartas psicografadas como meio de prova no processo penal se deu em processos de sua competência, ou seja, nos crimes dolosos contra a vida. No seu

²⁰ BRASIL. op. cit., nota 18.

²¹ Ibid.



âmbito vigora o princípio da íntima convicção ou da prova livre, que representa exceção no ordenamento, e demonstra a inteira confiança do legislador sobre o jurado, que não está obrigado a exteriorizar seus motivos de decidir, podendo se valer até mesmo de convicções particulares.

Aqui, importante trazer a contribuição de Ismar Estulano Garcia²²:

[...] juridicamente, é perfeitamente possível, hoje, admitir a psicografia como prova judicial. É por demais sabido que existem crimes cujo julgamento é da competência do juiz singular (Juiz de Direito) e crimes em que a competência para julgar é do Tribunal do Júri (jurados). Conforme previsão constitucional, são da competência do Tribunal do Júri os crimes dolosos (intencionais) contra a vida, tanto tentados como consumados, que são: homicídio; induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio; infanticídio e aborto. Os jurados são soberanos em seus veredictos, o que significa que poderão aceitar mensagem psicografada como prova, pois decidem por convicção íntima. Já nos crimes cujo julgamento for da competência do juiz singular, deve ele decidir de acordo com o seu livre convencimento. Para formar sua convicção, analisando o conjunto probatório, o juiz poderá levar em consideração, também, a mensagem psicografada, valorando-a conforme sua liberdade de convencimento [...].

O principal elemento característico do Tribunal do Júri que o torna um campo de atuação cabível à aceitação da psicografia como prova é justamente a prevalência do aludido sistema da íntima convicção para valoração probatória.

Nesse sentido, em se tratando de ação penal de natureza incondicionada, ainda que o conteúdo de uma carta psicografada, usada como prova neste contexto, convencesse à família da vítima quanto à inocência do acusado, por exemplo, não se poderia desistir do intento penal, pois esta ação não depende de prévia manifestação para ser iniciada e seu exercício não se subordina a qualquer requisito. Ademais, a decisão do caso cabe ao colegiado de jurados, formados por cidadãos de maiores de 18 anos de notória idoneidade, não podendo as partes influir. A contrário senso, não poderiam as partes refutar esta prova a todo custo, pelo disposto em seu texto ou quanto à sua origem, se esta convenceu os jurados, em conjunto com as demais provas do processo.

Todavia, ainda que seja soberano o veredicto deste tribunal, não pode ele ser contrário ao manifesto nos autos, caso em que padecerá de nulidade, pois vigora nesse sistema o princípio da plenitude de defesa, que permite ao réu defender-se de modo irrestrito.

Por fim, vigora nesse cenário o sigilo das votações, que se traduz em uma garantia à liberdade de convicção dos jurados de que a votação ocorra em sala especial e de forma secreta. Trata-se de algo que foge à regra da publicidade das decisões do Poder

²² GARCIA. op. cit., p. 30-31.

Judiciário, previsto na Constituição. Dessa forma se evita quais intimidações, influências e pressões externas.

CONCLUSÃO

A questão em apreço merece discussões bem mais amplas, não só no âmbito da prática forense dos juízos e tribunais, como também na seara legislativa, e no próprio meio acadêmico.

Não obstante todas as pesquisas sobre o tema, a mediunidade também foi explicada pela Física Quântica, tendo sido demonstrado o caráter científico da psicografia como espécie de fenômeno mediúnico, podendo assim ser ela admitida como prova *sui generis*, haja vista a falta de previsão formal legal.

O Estado brasileiro é laico, e por essa razão não lhe compete normatizar a obstrução ou acessibilidade de material psicografado no âmbito judicial, pois seja com uma postura ativa negativa ou positiva estar-se-ia adentrando em meio a conceitos tidos por "religiosos".

A despeito da ausência de previsão normativa, de prova ilícita não se cuida, pois nem em sua forma de obtenção, tampouco na sua forma de introdução no processo, é vedada por lei, como visto anteriormente. Entretanto, ainda que considerada ilícita, ocasionalmente poderia ser admitida no processo, já que o Direito chancela o uso excepcional da prova ilícita. E, se assim o é, com mais razão se deve considerar a prova psicografada – que nada tem de ilícita – como meio probatório, registrando-se, pois, a casualidade dela no caso concreto.

O processo penal é dotado de uma flexibilidade adquirida com o passar do tempo, pois se a sociedade não está estática, a ciência do Direito não deve estar. Por isso, rechaçar a psicografia importaria em limitação à prova, e, portanto, em ofensa ao princípio da liberdade das provas, pois, ela se consubstancia em documento, nos termos da lei processual penal. Trata-se de prova documental, que deve ter reconhecida a sua eficácia e natureza científica.

A Doutrina Espírita é de natureza tríplice, abrangendo: princípios filosóficos, científicos, e religiosos ou morais. Nas óticas científica e filosófica, a Doutrina é um campo nobre de investigações humanas de natureza intelectual, que visam ao aperfeiçoamento e progresso. Em linhas gerais, o aspecto filosófico analisa a Criação Divina, e o científico



fornece comprovações a respeito da natureza e imortalidade do Espírito, e o intercâmbio entre os planos físico e material. No aspecto religioso, todavia, repousa a sua grandeza divina, por tratar das consequências morais do comportamento humano, definidos pelo uso do livre arbítrio e pela lei de causa e efeito.

Conclui-se que, em que pese às indagações decorrentes desses conceitos, atrelados ao uso da prova em destaque, os fatos que extrapolam os limites da compreensão e da inteligência não devem ser tratados por inexistentes, tendo em vista que esse modo de pensar obstaculiza o caminhar evolutivo do ponto de vista social e jurídico. Ademais, juízos valorativos não têm o condão de proibir a produção do documento psicografado no processo se a norma não o faz.

Percebe-se, pois, que o tema em análise é bastante desafiador, e a finalidade proposta pela pesquisa é a de incentivo à reflexão para que se possa considerar a carta psicografada como meio de prova documental lícita, sendo analisada de forma harmônica com todo o arcabouço probatório acostado aos autos, de modo que sua aceitação ou rejeição seja verificada em sede de livre convencimento motivado do magistrado, no procedimento comum, ou da íntima convicção dos jurados, no procedimento do júri popular, na busca pela verdade real.

Ademais, havendo uma abertura do direito nesse sentido, a tendência é a de que o fenômeno psicográfico passe a ser visto como verdadeira expressão científica, e não simples dogma ou crença religiosa, pois a admissibilidade da prova psicografada se baseia, antes de qualquer outro elemento, na cientificidade que envolve o fenômeno espírita. Isso porque, o caráter científico do Espiritismo é um fator que dá respaldo a essas cartas, que podem ser racionalmente explicadas. A questão não está na religião, mas sim na ciência.

Se o processo só existe para que se busque a verdade dos fatos, há de se admitir diferentes meios de provas para que se chegue à ela, formando-se o convencimento do julgador. Portanto, admitir o uso da psicografia como prova, quando em harmonia com o conjunto probatório restante, trata-se de verdadeiro exercício de ampla defesa, uma vez que auxilia o exercício da jurisdição pelo magistrado, que terá um argumento a mais para sopesar as provas e motivar sua decisão, primando pelo respeito aos princípios reguladores do processo.

REFERÊNCIAS

- AHMAD, Nemer da Silva. *Psicografia: O Novo Olhar da Justiça*. São Paulo: Aliança, 2008.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 24 mar. 2019.
- _____. *Decreto-lei n° 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm >. Acesso em: 24 mar. 2019.
- _____. *Lei n° 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 09 set. 2019.
- _____. *Lei n° 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm > Acesso em: 08 out. 2019.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. v.12. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. v.1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GARCIA, Ismar Estulano. *Psicografia como prova Judicial*. *Revista Consulex*. Brasília, n° 229, p. 25-26, jul\ago. 2006.
- HOLANDA, Aurélio Buarque. *Mini Dicionário da Língua Portuguesa*. 8.ed. São Paulo: Positivo, 2010.
- KARDEC, Allan. *Livro de Introdução ao Estudo da Doutrina Espírita*, v.2. São Paulo: Lúmen, 1996.
- KARDEC, Allan. *O Evangelho Segundo o Espiritismo*. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2013.
- KARDEC, Allan. *O livro dos espíritos*. Tradução de Evandro Noleto Bezerra. 2. ed. Rio de Janeiro: FEB, 2010.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Juspodium, 2016.
- MAIA, Roberto Serra da Silva. *A psicografia como meio de prova no processo penal*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/9381/a-psicografia-como-meio-de-prova-no-processo-penal>> Acesso em: 5 mar. 2019.
- MARCÃO, Renato. *Psicografia e prova penal*. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1743/psicografia-prova-penal>> Acesso em: 10 out. 2019.



_____. *Revista Consulex*, Brasília, nº 229, p. 50-56, jul\ago.2006.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: Estudo sobre a Valoração das Provas Penais*. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. Liberdade religiosa, separação Estado-Igreja e o limite da influência dos movimentos religiosos na adoção de políticas públicas. *Revista de informação legislativa*, Brasília, nº 180, p. 347-373, out/dez. 2008.

POLÍZIO, Vladimir. *A psicografia no tribunal*. São Paulo: Blutterfly, 2009.

SARMENTO, Daniel. *O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SERRA, Roberto da Silva Maia. *Psicografia como meio de prova no processo penal*. Brasília: Revista Jurídica Consulex, 2006.

TIMPONI, Miguel. *A Psicografia ante os Tribunais (O caso Humberto Campos)*. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2005.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – UMA ANÁLISE CIVIL-CONSTITUCIONAL DO TRATAMENTO DA PACHAMAMA COMO TITULAR DE DIREITOS

Loana Pessanha Saldanha

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Servidora Pública Estadual. Advogada. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O presente trabalho tem como tema o direito civil-constitucional sob a luz do constitucionalismo latino-americano e a juridicidade da biosfera (Pachamama ou Mãe Terra) como sujeito de direitos. Pretende verificar se a natureza pode ser reconhecida como sujeito de direito e se o direito civil pode correlacionar o conceito de natureza e Mãe terra no tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto em âmbito internacional. Ainda, visa analisar quais são as possibilidades e limitações da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em comparação às demais Constituições latino-americanas consideradas marcos do Novo Constitucionalismo. Constata-se que a América-Latina conta com um movimento constitucionalista atuante no processo de rompimento com o antigo regime através da efetivação de direitos e garantias no que se refere a valorização da pessoa humana, o respeito a vida e ao meio ambiente.

Palavras-chave – Direito Civil-Constitucional. Função Social da Propriedade. Teoria da Pachamama. América Latina. Constitucionalismo. Direito. Natureza.

Sumário – Introdução. 1. A função social da propriedade: um novo olhar. 2. Precedentes que apontam para a titularidade de direitos a não humanos 3. Princípio da função socioambiental da propriedade e a função social da propriedade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da função social da propriedade e as questões acerca da titularidade de direitos da Terra, com todas as formas de vida, bem como constitucionalismo latino-americano e a biosfera, também chamada pelos povos andinos de Pachamama. O Novo Constitucionalismo atribui ao meio ambiente garantias, que nos demais ordenamentos não está positivado, apenas aborda parte da doutrina, como é demonstrado, estabelecendo uma nova visão civil-constitucional acerca do tema.

A Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988, estabelece que todos tem direito ao meio ambiente equilibrado, nesta pauta, a Lei Maior deve ser interpretada no ordenamento jurídico como um todo. Em especial porque no Brasil possui há inúmeras riquezas naturais ainda não exploradas, o que não se reflete na maioria dos países mais



desenvolvidos. Destaca também que há uma lacuna legislativa no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a respeito das questões ambientais. Bem como com relação ao papel da natureza, que antes era tratada doutrinariamente como mero objeto de dominação do homem e não como sujeito de direitos, o que vem paulatinamente sofrendo transformações.

A análise do direito da natureza, ou da Mãe Terra, como forma de melhor diferenciar didaticamente do conceito de natureza simplesmente, como sujeito de direitos pode se dar de diversas perspectivas, em especial de três formas: jurídica, biológica e socioambiental.

O objetivo do presente estudo é, com o primeiro capítulo, a função social da propriedade: um novo olhar, identificar as formas de constituição desses vínculos no ordenamento jurídico brasileiro, subsidiariamente comparado com outras constituições, como as Constituições do Equador e da Suíça, e determinar qual deles é capaz de esclarecer a viabilidade de tratamento da Pachamama como sujeito de direitos. Ainda, nesta linha, objetiva-se verificar se é possível afirmar que a Pachamama é sujeito de direito de acordo com o novo paradigma ecocêntrico trazido pelo constitucionalismo latino-americano.

No segundo capítulo, analisa-se os casos concretos que apontam para a titularidade de direitos a não humanos, a obra analisará os paradigmas legislativo comparado e jurisprudencial da função social da propriedade em relação à hipótese de subjetividade jurídica da natureza, em seu conceito mais amplo.

As alterações promovidas nos textos constitucionais latinos são resultados das reivindicações das maiorias populares que vão de encontro ao simples aspecto de dominação do território pelo ser humano para uma perspectiva de seres vivos pertencentes à Mãe Terra. As constantes mudanças climáticas e sociais levam a análise jurídica comumente antropocêntrica para evolução, fizeram com que a doutrina e a jurisprudência, ainda que embrionariamente, reconhecessem novos paradigmas. A base dessas relações nem sempre se limita aos vínculos consanguíneos. Cada vez é mais frequente o debate sobre a temática ambiental, contudo pouco analisado sob o ponto de vista dos demais ramos do direito que não seja direito constitucional e direito ambiental.

No terceiro capítulo, princípio da função socioambiental da propriedade e a função social da propriedade, verifica-se o princípio da função socioambiental em suas diversas vertentes, com o fim de proporcionar uma visão mais clara acerca do direito de propriedade e seus aspectos funcionalizados.

O método de abordagem do trabalho é o dedutivo, partindo-se do paradigma histórico com a intenção de demonstrar de que maneira o marco constitucional, no contexto latino-americano coloca-se como instrumento para a efetivação de direitos e garantias referentes às

questões populares, e, mais precisamente, em relação às questões ambientais. Para tanto, utiliza-se a técnica bibliográfica no decorrer da pesquisa. Quanto ao procedimento adotado, será utilizado o método monográfico, haja vista tratar-se da especificação de direito constitucional, internacional, ambiental e dos seus entrelaçamentos.

1. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: UM NOVO OLHAR

A doutrina atribui frequentemente à função social da propriedade os aspectos voltados à justiça social com limitações à propriedade particular, como as relações de vizinhança impostas pelo direito civil e ao interesse social, uma visão jurídica que se mostra frequentemente antropocêntrica.

Gustavo Tepedino¹ ressalta a contribuição de Pietro Perlingieri, que ao conceituar situação jurídica subjetiva, propôs a dissociação dos argumentos de cunho patrimonialista, elevando os direitos da personalidade como valores. Coloca-se com isso o ser humano no vértice do ordenamento jurídico, por entenderem que os direitos da personalidade tratam de questões intrínsecas à condição existencial do homem, pessoa humana. Assim, na categoria do “ser” Pietro aponta que não há dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica.

Uma comparação entre direitos da personalidade e o tratamento à Mãe Terra pode parecer inimaginável, mas sob o aspecto da evolução do pensamento humano acerca de seu papel na natureza e com uma análise mais aprofundada no sentido de que não apenas as futuras gerações têm direito a usufruir da Mãe Terra em suas mais diversas complexidades, mas também há uma conexão que ultrapassa “a visão de coisa” entre o ser humano e a natureza.

Falece de razoabilidade o tratamento puro do ser humano como dominante e a natureza como um mero fornecedor de matérias e a serviço de seu “senhor”. Isto porque a ciência avança e comprova que há uma relação de dependência, e também de pertencimento, entre o ser humano e a Mãe Terra. Não seria lógico, objetivamente analisando, que a parte domine indiscriminadamente o todo e que comprometa a existência do segundo, o que se tornará mais explícito adiante na análise conceitual de natureza e Mãe Terra.

¹TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro:Renovar, v. 1, 2014, p. 33.

No que se refere à propriedade, no direito brasileiro, a doutrina em seus primórdios iniciou com um tratamento absolutista desse instituto, com um direito inviolável e sagrado, no direito brasileiro somente com a Constituição de 1934 começa-se a prever a Função Social da Propriedade com restrição ao interesse social da coletividade por influência do Código Civil de 1916 que previu a adequação da propriedade particular ao direito de vizinhança. Evoluindo para o interesse social compondo a função social da propriedade, muda-se então o paradigma, o individual passou a ser relativizado em prol da coletividade. Sempre com o olhar antropocêntrico da propriedade.

A Constituição da República Federativa do Brasil vigente, promulgada em 1988, ainda não confere à natureza a titularidade subjetiva evidenciando uma visão antropocêntrica. A evolução dos estudos acerca do tema da ética ambiental apontou para a necessidade de uma visão biocêntrica. Não contempla a mera salvaguarda do meio ambiente com vistas a garantir o equilíbrio e a qualidade de vida das presentes e futuras gerações, como atualmente no ordenamento pátrio, o que exterioriza uma visão meramente utilitarista em relação à natureza. Importante destacar que não se trata de solidariedade interespecies, deve-se entender a proteção dada à Pachamama como promoção do equilíbrio, para a vida não somente de humanos, que são parte de um todo, a Mãe Terra.

Constituições Latino-americanas, como a Constituição do Equador², referendada em 2008³, a Constituição da Bolívia⁴, promulgada em 2009, e a Constituição da Venezuela⁵, promulgada em 1999, contam com a positivação dos novos modelos de garantia da gestão democrática e sustentabilidade em prol dos recursos naturais e do meio ambiente. Destaca-se a Constituição do Equador que é a mais consolidada, com dispositivos mais claros e objetivos acerca do termo.

Importante entender que o pioneirismo da América Latina no tema é necessário para a economia desses países, que podem vir a serem postos a margem diante do avanço tecnológico

² O site do STF, na sessão Newsletter em Foco, ressalta que a provável maior contribuição da nova Constituição do Equador seja a apresentação da visão biocêntrica, em decorrência da introdução o conceito de “direitos da natureza”, destacando em seu preâmbulo a natureza, a Pacha Mama, da qual todos os seres fazem parte, inclusive o gênero humano, sendo os direitos da natureza vitais para a existência do ser humano. Ainda, a Constituição invoca a sabedoria de todas as culturas que nos enriquecem como sociedade. Com destaque o capítulo sétimo, intitulado “direitos da natureza”, no final do art. 71 consta a determinação de que o Estado deverá incentivar as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema.”

³ EQUADOR. Constitución de la Republica del Ecuador de 2008. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio//portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/Constituicao do Equador.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

⁴ BOLÍVIA. Constitución Política del Estado. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2020.

⁵ VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2020.

mundial, em especial pelos grandes desenvolvedores de tecnologia substituidora de postos de trabalho como a China e os EUA. Neste sentido, a escassez de recursos poderá colocar o Brasil e demais países latino-americanos em disputa nos mercados futuros, se utilizarem de forma eficientes suas reservas naturais e preservá-las. Desta forma, mesmo na visão antropocêntrica, pode-se entender a importância da titularidade de direitos à natureza que preserva o futuro do gênero humano.

O reconhecimento legal dos direitos da natureza é apenas uma etapa do processo de construção que ainda está em andamento na doutrina, como Pablo Sólon, e que não pode se limitar à mudança jurídica, mas a análise jurídica contribui para melhor alocar os direitos da Mãe Terra. O objetivo final de uma proposta dos direitos da Mãe Terra, como aponta Pablo Sólon⁶ é construir uma comunidade da Terra: uma sociedade que possua seres humanos e a natureza, alternativa sistemática que abraça e prioriza a noção do todo.

Para isso, Pablo Sólon faz a diferenciação entre natureza e Mãe Terra, ressaltando que não se tratam de sinônimos. Mãe Terra é o todo, enquanto que natureza é uma parte do todo. O próprio conceito de natureza é antropocêntrico para Pablo Sólon, por se tratar de uma construção que separa humanos do mundo natural. A palavra “natureza” está presente em quase todos os formatos que convergem na construção dessa visão, enquanto que “Mãe Terra” é mais presente nas contribuições dos indígenas e bolivianos para a formação de sua concepção jurídica.

A perspectiva da Pachamama, segundo Pablo Sólon, não pode ser atribuída apenas à tradição da região andina da África do Sul. Na realidade, Mãe Terra como sujeito de direitos tem origens diversas e formatos diferentes como dos indígenas, científicos, éticos e jurídicos. Ambos desenvolveram-se em vários momentos e em diferentes partes do mundo. O mais interessante sobre o tema é que mesmo que de maneiras diversas e com peculiaridades, a evolução do tema faz com que cada prisma interaja com os demais, crescendo e aprofundando as ideias uns dos outros.

A escassez mundial de recursos como a água, um dos problemas mais graves do século XXI, por exemplo, levanta o debate de que não apenas a propriedade deve servir à humanidade, a humanidade é componente da natureza.

Acerca da evolução da função social da propriedade, importante destacar a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, o que constatou a indispensabilidade da promoção de acentuadas mudanças na configuração para observação das obrigações do

⁶ SÓLON, Pablo. The rights of Mother Earth. In: SATGAR, Vishwas. *The Climate Crisis: South African and Global Democratic Eco-Socialist Alternatives*. South Africa: WitsUniversity Press, 2018, p. 107-130.

Estado, intentando o alargamento das desigualdades sociais e, com isso, a indispensabilidade da preservação não apenas dos direitos individuais que o Estado Liberal muito bem fazia, mas também os direitos sociais ao cidadão, com o propósito de amainar as desigualdades e impulsionar a justiça social.

Frise-se que os princípios balizadores do Estado do Bem Estar Social apenas disseminaram as ascendências sobre a funcionalização ou socialização da propriedade, porém, desde a idade média já se tratava da função social da propriedade, sobretudo na doutrina cristã, como na Suma Teológica de São Tomás de Aquino⁷.

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se em favor da relação de afeto entre uma idosa e seu papagaio, apesar de tratar-se de caso concreto julgado sem efeito repetitivo, não se pode ignorar a fundamentação dada para a manutenção da guarda de um papagaio, colocando que a vedação de qualquer prática de “objetificação” ou “coisificação” (ou seja, tratamento como simples 'meio') naquele caso não se limitou apenas à vida humana, mas teve o seu espectro ampliado para contemplar também não humanos⁸.

Uma análise da CRFB/1988⁹ sob o aspecto ambiental é comumente realizada, contudo os demais ramos do direito ainda não despertaram para o sinal de alerta que o planeta tem dado e como o direito tem em sua função social.

Antes de adentrar ao estudo da função social da propriedade, é imperioso analisar filosoficamente o instituto, a evolução da propriedade e o tratamento filosófico dado. Deve-se analisar cuidadosamente para não tratar como regra geral uma premissa falaciosa, muitos doutrinadores do direito, por tratarem a parte filosófica como algo complementar e apenas introdutório, pecam por induzir um tratamento falacioso do tema. Não se trata de uma necessidade de esgotamento ou exaurimento do tema, mas tão somente um compromisso metodológico-científico para que não seja maculada a história dos institutos jurídicos e como consequência a perda ontológica.

⁷ Segundo o site Wikipédia, Suma Teológica ou Summa Theologica é o título da obra básica de São Tomás de Aquino, frade, teólogo e santo da Igreja Católica, um corpo de doutrina que se constitui numa das bases da dogmática do catolicismo e considerada uma das principais obras filosóficas da escolástica. Foi escrita entre os anos de 1265 a 1273.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.389.418 - PB (2013/0211324-4). Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1638197&num_registro=201302113244&data=20170927&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez. 2019.

⁹ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

Pode-se definir propriedade como um termo geral para regras que governam o acesso e o controle da terra e outros recursos materiais, segundo Jeremy Waldron, num texto publicado pela Stanford University¹⁰.

O que se pretende com este artigo é tratar sob o aspecto do direito civil, onde na análise da função da propriedade estejam também os valores ecológicos, numa perspectiva do bioma. Analisando, por exemplo, no caso brasileiro o território como um todo onde cada região com suas especificidades serve a um propósito, quando ocorre grande mudança na estrutura do bioma como um fazendeiro com quantidade grande de terras faz uma queimada, mesmo que obedecendo as dimensões legais para tal, sob o aspecto do direito civil em que não apenas pela punição ambiental, mas no sentido da estrutura daquele pedaço de terra não perder a identidade e não afetar o seu redor.

Para melhor compreensão da problemática, pode-se analisar a propriedade intelectual, que fornece um exemplo de regras de propriedade que não respondem diretamente à escassez; além disso, ao contrário dos objetos materiais, os objetos de propriedade intelectual não são “pluridivisíveis”, pois seu uso por qualquer pessoa não exclui seu uso por nenhum outro grupo.

Jornais tem noticiado conflitos no Brasil, maior detentor do recurso mineral de água, entre empresas que exploram determinada atividade e utilizam-se da chamada “água virtual” e os moradores vizinhos enfrentam seca ocasionadas pelo esgotamento dos aquíferos próximos. Esses conflitos tornam o debate, que inicialmente parecia meramente ambiental sobre preservação, um tema de direito de propriedade. Já que a má-utilização da propriedade privada em confronto com o direito de vizinhança do direito civil são temas debatidos, mas não são analisados, em regra, sob o prisma do direito da Mãe Terra como titular de direitos, mas dos indivíduos em preservarem seus direitos individuais.

Acidentes industriais recentes como Mariana e Brumadinho devem ser analisados sob a ótica da função social da propriedade, uma vez que dependendo do nível de degradação ambiental, torna-se nula a possibilidade de recuperação daquela área ao *status quo ante* e, por vezes, estende-se afetando outras áreas ou regiões¹¹. Com o potencial de causar a supressão de propriedades, a degradação ambiental, desvalorização da propriedade no entorno e até mesmo os danos reflexos comerciais, que precisa ser analisado não apenas pela doutrina de direito

¹⁰ WALDRON, Jeremy. *Property and Ownership*. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/property/>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

¹¹ UERJ. Pesquisa realizada na UERJ comprova que resíduos da Samarco afetaram Abrolhos. Disponível em: <<https://www.uerj.br/noticia/pesquisa-da-uerj-comprova-contaminacao-de-abrolhos-por-residuos-da-samarco/>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

ambiental, mas também pela doutrina civilista para que não seja um mero desdobramento patrimonial ou até mesmo para que a reparação cível nesses casos seja efetiva, com fundamento no princípio do poluidor pagador, evitando que haja a privatização do lucro e a socialização do prejuízo. Essa análise está intrínseca à função social da propriedade como será tratado adiante nos aspectos objetivos da função social da propriedade.

A inviabilidade deve ser analisados com tanta importância quanto o direito material envolvido. A diferença básica entre os dois está na importância dada de acordo com seu impacto frente às perdas ambientais e humanas. O acidente industrial de Mariana, analisado de forma objetiva com os aspectos econômicos e jurídicos relevantes pela pesquisadora Natasha Schmitt Caccia Salinas¹² teve maior impacto ambiental, já Brumadinho teve maiores perdas humanas. O que evidencia a motivação da maior repercussão midiática da tragédia industrial ecológica de Brumadinho, com menor impacto ambiental que a tragédia industrial ecológica de Mariana.

Desta forma, há o princípio do ambiente ecologicamente equilibrado analisado sob o espectro como um direito fundamental da pessoa humana. O artigo 225, caput, da CRFB/1988¹³ estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Quando a Constituição afirma expressamente esse direito, ela quer dizer que a vida humana dele depende, porque não há como garantir a vida sem que haja uma proteção ao meio ambiente e o direito à vida é inerente à dignidade da pessoa humana.

2. PRECEDENTES QUE APONTAM PARA A TITULARIDADE DE DIREITOS A NÃO HUMANOS

As grandes florestas, as bacias hídricas e a biodiversidade na América Latina em relação aos demais continentes ainda contam com uma parcela de preservação, um dos motivos que a tornam grande interessada no tema e exige uma postura vanguardista na análise.

No que tange ao ordenamento brasileiro, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁴ tem se manifestado de maneira avançada como no julgado paradigma do Recurso Especial nº 1.797.175 - SP (2018/0031230-0) que o Ministro Relator Og Fernandes destaca¹⁵:

¹²Pesquisadora do CPDE da FGV Direito Rio e professora (licenciada) da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp). Possui doutorado e mestrado em Direito pela USP, e Master of Laws (LL.M.) pela Yale University.

¹³BRASIL. op. cit., nota 9.

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1797175 / SP*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201800312300.REG.>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁵Ibidem.

Diante dessas inquietações, faz-se necessário, como já mencionado, repensar a concepção kantiniana individualista e antropocêntrica de dignidade e avançar rumo a uma compreensão ecológica da dignidade da pessoa e da vida em geral, considerando a premissão de que a matriz filosófica moderna para a concepção de dignidade (da pessoa humana) radica essencialmente no pensamento kantiniano.

Com menção à Constituição equatoriana¹⁶, promulgada em 2008, que, como já visto no capítulo 1 da presente obra, tachada como constituição pioneira no mundo ao reconhecer e criar o chamado direito da natureza, perspectiva biocêntrica. Em seu preâmbulo celebra “a natureza, a Pacha[m]ama, de que somos parte e que é vital para nossa existência” e invoca a “sabedoria de todas as culturas que nos enriquecem como sociedade”.

Do capítulo sétimo da Constituição Equatoriana¹⁷ constam os “Direitos da Natureza”. Em especial, o artigo 71 dispõe:

Art. 71. A natureza ou Pacha[m]ama, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos.

Toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos, observar-se-ão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente. O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema.

Analisando sob a ótica civil-constitucional o tema, não apenas sob a lógica do direito ambiental, para que a doutrina avance em consonância com a ciência em prol da tutela jurídica dos direitos da natureza ou da Mãe Terra. Não cabe mais sustentar pelo avanço científico, filosófico e político, a centralidade do ser humano como “entidade diferenciada” e acima dos demais componentes da biosfera. É fato que o ser humano tem uma maior simbolização que as outras espécies. Contudo, a visão antropocêntrica transformou essa vantagem em desvantagem, como aponta Sabine Pompeia e Luiz Marques¹⁸. Para eles, o direito à sobrevivência e bem-estar do ser humano não pode ser dissociado da biosfera como um sistema. Ainda apontam que os direitos humanos são uma parte do todo que trata o direito da natureza e justificam que o homem é, ele mesmo, um caso particular, um elemento entre

¹⁶EQUADOR, op. cit., nota 3.

¹⁷Ibid.

¹⁸ POMPEIA, Sabine; MARQUES, Luiz. *Os Direitos Humanos são um caso particular dos direitos da natureza*. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/direitos-humanos/os-direitos-humanos-sao-um-caso-particular-dos-direitos-da-natureza>>. Acesso em: 19 abr. 2020.



outros, da biosfera”¹⁹. A visão torna-se mais compreensível no seguinte trecho do texto publicado:

Humana ou não: de há muito, a ciência já não reconhece um direito “natural” do homem a desobedecer às leis que regem os equilíbrios dos ecossistemas. Mas continuamos prisioneiros de uma concepção antropocêntrica de direitos humanos como se nossa própria existência não fosse uma simples extensão desses ecossistemas. Temos de obedecer ao mar, por exemplo, para sobreviver. O Objetivo 14 dos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável afirma com elementar bom senso: “Os oceanos fazem a vida humana possível (...) Mesmo pessoas que vivem longe do mar não podem viver sem eles”. Estamos, portanto, atentando contra o primeiro dos direitos humanos, o direito à existência, quando liquidamos os cardumes, os corais e asfixiamos os oceanos com fertilizantes nitrogenados e com plástico.

Não basta analisar as necessidades humanas, suas relações e evolução do aspecto econômico, o direito civil-constitucional não pode apenas proteger o que é privado, o avanço legislativo, assim como o avanço do estudo jurídico, com as gerações dos direitos fundamentais, que na primeira dimensão focava, no indivíduo, quais sejam os direitos civis e políticos, predominando o jusprivatismo romanista e apogeu dos direitos individuais. Evoluindo para a segunda geração jurídica que se preocupa com suas relações, com os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como direitos coletivos e de coletividades, abraçados com o princípio da igualdade.

A preocupação com as nações buscou juridicamente procurar a fraternidade e o desenvolvimento, com a terceira geração de direitos, como direitos fundamentais dos povos que foram condenados à servidão do colonialismo, que buscaram então o desenvolvimento. Ademais, o direito à democracia como direito fundamental, por Paulo Bonavides, entendendo que tendo por conteúdo a liberdade e a igualdade segundo uma concepção integral de justiça, o direito à democracia apanágio de toda a humanidade é direito da quarta geração como o direito ao desenvolvimento foi aos povos do terceiro mundo.

Assim, pode-se ponderar que segundo o pensamento de Paulo Bonavides, traz que tomando por base a titularidade de direitos, tema profundo desse trabalho, os direitos humanos da primeira geração pertencem ao indivíduo, os da segunda ao grupo, os da terceira à comunidade, os da quarta como também os da quinta ao gênero humano. O que reflete a visão antropocêntrica em evolução.

Mas raciocinando as gerações de direitos, que chegaram à sexta dimensão, qual seja, o acesso à água potável, como ponderou Fachin. Tal avanço dá-se pela evolução do tratamento jurídico à biosfera, apesar de desenvolver-se mais lentamente que a exploração praticada.

¹⁹Ibid.

Outro ponto acentuado pelo Ministro Og Fernandes é a tutela constitucional dispensada à fauna e à flora, por meio do artigo 225, §1º inciso VII da CRFB/1988²⁰. Ao proibir práticas que provoquem a extinção de espécies ou submetam animais à crueldade, deve-se analisar que a manutenção das espécies não se restringe ao meio animal, ademais o constitucionalismo suíço que traz em sua formação o princípio do respeito humano ao não humano.

Existe uma “zona cinzenta” na doutrina acerca do aspecto didático do tema. A divisão conceitual de natureza e Mãe Terra, já abordada neste trabalho, bem como a diferenciação entre aspecto antropocentrista e biocentrista do direito ambiental, são importantes auxiliares para melhor entendimento dos aspectos referentes à titularidade de direitos do ser humano sobre a natureza, ou seja, uma relação de assenhoramento e utilitarista, que não se confunde com o contraponto da titularidade de direitos da Mãe Terra, unindo humanos e não humanos, não apenas animais, mas todos como componentes do mesmo sistema interdependente.

Para tanto, é necessário que se possa confrontar os novos valores ecológicos que das relações sociais contemporâneas com a concepção ética do direito, ou, o que talvez seja mais correto, a redescoberta de uma ética de respeito à vida.

Nesse aspecto a jurisprudência pátria ao tratar da dignidade dos animais não humanos, no caso de um papagaio que há anos vivia em ambiente doméstico com sua tutora, foi posto o caso se ao Superior Tribunal de Justiça, com o fim de não estimular o encarceramento de animais silvestres, se condenaria ou não a família por tráfico. O animal há muito tempo em cativeiro deixou de ser considerado silvestre e passou a ser considerado parte da família. Durante anos, para o ordenamento jurídico brasileiro, os animais foram considerados como coisa, bens fungíveis por consequência. Mas a convivência em família com o animal não há como ignorar que é motivadora de afeto, tornando-se assim bens infungíveis. Subverte-se portanto a proteção jurídica, deixa de ser objeto de direitos e passa a ter o tratamento como sujeito de direito.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, os animais são considerados seres semoventes. Mas o parlamento francês incluiu no Código Civil a categoria de seres sencientes. Ou seja, animais passam a um novo status jurídico, abandonando a simples propriedade pessoal²¹:

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 9.

²¹ ANDA. *Em decisão histórica França altera Código Civil e reconhece animais como seres sencientes*. Disponível em: <<https://www.anda.jor.br/2015/02/decisao-historica-franca-altera-codigo-civil-reconhece-animais-seres-sencientes/>>. Acesso em: 15 nov. 2019.



[..]Finalmente o parlamento votou a leitura final do projeto de lei sobre a modernização do código civil idealizado pela ONG Fondation 30 Million Amis que altera o status jurídico dos animais no país, atualizando a legislação penal vigente e reconhecendo os animais como seres sencientes (novo artigo 515-14) e não como propriedade pessoal como o antigo artigo (artigo 528). Desta forma, os animais não são mais definidos por valor de mercado ou de patrimônio, mas sim pelo seu valor intrínseco como sujeito de direito.

Com essa alteração, ainda não se alcança a plenitude de direitos para os seres vivos como um todo, apenas animais, separando-se didaticamente da seguinte categorização: coisa, que seria como exemplo uma cadeira, humano com a plenitude dos direitos e dignidade, e seres sencientes que não detém toda a plenitude dos direitos fundamentais, reduzidos o direito à integridade física, entre outros, desde que não signifique sofrimento extremo. O presente trabalho não visa a análise dos seres sencientes, pois a ideia de função social da propriedade, como um aspecto civilista, carece de aprofundamento doutrinário o tema da subjetividade de direitos dos não animais, como Rios, Montanhas, entre outros, na perspectiva da teoria da Pacha Mama.

Mas pode-se analisar que a “objetificação” ou “coisificação”, assim entendidos como tratamento como mero “meio” não contempla a complexidade da vida, e até uma releitura caput do art. 225 da CRFB/1988²², uma vez que pela conceituação hermenêutica histórica constitucional, o significado de “Todos” como detentores do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não seria necessariamente restringir-se-ia ao ser humano.

3. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O princípio da função socioambiental da propriedade é gênero, do qual são espécies o princípio da função socioambiental da propriedade urbana e o princípio da função socioambiental da propriedade rural. Em ambos os casos, as implicações práticas são distintas. Na Constituição, esse princípio não é expresso, mas é presente na hermenêutica constitucional. Previsto no elemento tradicional de interpretação jurídica, a teleologia, como forma de hermenêutica constitucional, por meio dos arts. 5º, XXII, XXIII, 182, §2º, 186, II, todos da

²²BRASIL, op. cit., nota 9.

CRFB/1988²³. Ainda, o dispositivo do Código Civil de 2002, posterior à Constituição, em seu art. 1228, §1º, do CC/2002²⁴.

O constitucionalismo brasileiro trata do direito de propriedade e de seu respectivo uso desde 1824. O que mudou ao longo do tempo foram os fundamentos de sua limitação, sendo ora limitado pela função social, ora pelo interesse coletivo, entre outros.

O princípio da função socioambiental da propriedade é aquele segundo o qual relativiza-se o direito da propriedade. Este não pode ser tomado de forma absoluta e deve ser visto de maneira separada para a propriedade urbana e rural.

Segundo o art. 182 da CRFB/1988²⁵, a propriedade, numa perspectiva da função socioambiental urbana, tem cumprida sua função social quando atende às exigências do plano diretor. Em contrapartida, a propriedade rural, segundo o art. 186 da CRFB/1988²⁶, só é atendido o princípio da função socioambiental rural quando observada a proteção do meio ambiente e a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, entre outros requisitos mais como o respeito o percentual mínimo da área de reserva legal, a título de exemplo.

Pelo princípio da função socioambiental urbana, a propriedade só terá alcançado a sua função socioambiental se respeitadas as bases e diretrizes do plano diretor. O princípio da propriedade da função socioambiental rural, dedicado à Política Agrícola e Fundiária e à Reforma Agrária, só será atendido quando cumpridas as condicionantes estabelecidas no art. 186 CRFB/1988²⁷ que traz como diretriz o uso racional dos recursos ambientais que ali se encontram. Área de reserva rural que tem percentual mínimo de proteção, somente podendo ser explorado economicamente por manejo sustentável. Pode-se concluir, numa perspectiva civil-constitucional, que a função socioambiental da propriedade está prevista no Código Civil como um limite às faculdades do proprietário, nos termos do art. 1.228, §1º, do CC.

Gustavo Tepedino²⁸ ao analisar o art. 1.228 do CC/2002 ressalta que axiologicamente a função social do direito de propriedade não se restringe ao princípio da ordem econômica, de que trata o art. 170, incisos I e II da CRFB/1988²⁹, como direito fundamental nos termos

²³ Ibid.

²⁴ BRASIL, BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2019.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 9.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro:Renovar, v. 2, 2014.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 9.

do art. 5º, inciso XXIII da CRFB/1988³⁰, uma vez que a Constituição ao vincular o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, incorre no aspecto interno que redefine o núcleo de poderes do proprietários, ou seja, seu aspecto funcional.

A preservação do ordenamento jurídico como construção unitária e necessariamente complexa, para Gustavo Tepedino³¹, requer o fundamento na Constituição da República vigente para interpretação da legislação infraconstitucional. Aponta também que com a funcionalização do direito de propriedade e o fenômeno da “despatrimonialização” do direito privado, superou-se o individualismo e a patrimonialidade como um fim em si mesmo. Não há menção expressa a direitos subjetivos a não humanos, mas pode-se interpretar que ao instituir o conceito dinâmico da propriedade, com a promoção de valores anti-individualistas. O autor vai além, afirma que “a função social constitui a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito [...] de molde a compatibilizar, em seu exercício, os interesses do proprietário com os interesses socialmente relevantes e constitucionalmente protegidos que se inserem na relação jurídica de domínio”³².

A alteração do paradigma do aspecto funcional da propriedade retrata o que o autor Gustavo Tepedino destacou que:

[a] determinação do conteúdo da propriedade dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais serão regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade [...] a legitimidade do exercício do direito condiciona-se ao cumprimento de deveres indispensáveis à realização do aspecto funcional do domínio, identificados na concreta relação jurídica.³³

A visão de domínio é baseada na separação de humanos sujeitos de direitos e natureza que serve ao domínio humano. Essa perspectiva utilitarista é objeto deste trabalho no sentido de que não corresponde à visão civil-constitucional. Não se quer extirpar do ordenamento jurídico as faculdades do direito de propriedade, mas repensar como um todo a natureza, o ser humano. Como a evolução histórica trouxe diversas alterações na forma de tratamento de humanos, por exemplo, onde em determinado momento histórico, via-se parcela da humanidade como coisa a ponto de ser escravizada, é possível que o olhar sobre a biosfera, a pachamama, também evolua e assim passe a ser titular de direitos, seja pela necessidade humana de equilíbrio na natureza, seja por uma nova visão biocêntrica.

³⁰ Ibidem.

³¹ TEPEDINO; BARBOZA; DE MORAES, *op. cit.*, p. 508-510.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

CONCLUSÃO

A evolução jurídica e a crise ambiental foram fatores determinantes para a mudança de paradigma civil-constitucional no sentido de compor novos significados jurídicos ao direito de propriedade. Tal mudanças devem-se ao direito privado ser um direito dinâmico e com o surgimento de novos modelos e propostas desenvolvidos por agentes reivindicatórios em busca de sociedades mais compromissadas com a questão ambiental.

Com a análise das Constituições latino-americanas, em posição de vanguarda no debate, foi possível o questionamento do papel da natureza, Pacha Mama, passando de mero objeto de direitos para conquistar aspectos de sujeito de direitos, em decorrência do paradigma ecocêntrico trazido pelo movimento constitucionalista andino. Ainda, tanto a Constituição Equatoriana quanto a Boliviana contam com artigos que desdobram-se neste reconhecimento. Além da conceituação doutrinária de natureza e da Mãe Terra, que no viés civil-constitucional demonstram um tratamento diferenciado aos seres vivos.

Ademais, após análise histórica do ordenamento pátrio brasileiro, observou-se que a CRFB/1988 é considerada fruto do Constitucionalismo latino-americano, sendo uma das primeiras Constituições deste movimento, ao trazer o equilíbrio ecológico como um direito de todos.

Sendo assim, numa perspectiva de direitos da natureza pode-se considerar a Mãe Terra como titular de direitos no panorama constitucional latino-americano. A CRFB/1988 apesar de não ser expressa nesse sentido, está incluída no rol de Constituições oriundas desse movimento uma vez que possui dispositivos legais que apesar de elaborados com o cerne antropocentrista, possui elementos hermenêuticos capazes de contemplar os anseios populares e as questões ambientais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Bruno Pinto de. *As relações entre o homem e a natureza e a crise sócio-ambiental*. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/upload/monografia/13.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

ANDA. *Em decisão histórica França altera Código Civil e reconhece animais como seres sencientes*. Disponível em: <<https://www.anda.jor.br/2015/02/decisao-historica-franca-altera-codigo-civil-reconhece-animais-seres-sencientes/>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2020.



BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.389.418 - PB (2013/0211324-4)*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1638197&num_registro=201302113244&data=20170927&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1797175 / SP*. Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201800312300.REG.>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. Tribunal Regional federal da 1º Região. *Ação Civil Pública nº 0069758-61.2015.4.01.3400*. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=600175820154013800&secao=MG>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

_____. Tribunal Regional federal da 1º Região. *Ação Civil Pública nº 0060017-58.2015.4.01.3800*. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=600175820154013800&secao=MG>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Brasília: Revista Cej, v. 1, n. 1, p.92-99, 1997. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/123/166>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

EQUADOR. *Constitución de la Republica del Ecuador de 2008*. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/Constituicao do Ecuador.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: Direito fundamental de sexta dimensão*. São Paulo: Editora Millenium, 2012.

GUSSOLI, Felipe Klein. *A natureza como sujeito de direito na Constituição do Equador: considerações a partir do caso Vilacamba*. Disponível em: <<http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-Felipe-Gussoli-classificado-em-1%C2%BA-lugar-.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

IBGE. *Produto Interno Bruto dos Municípios 2013*. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/?lang=&codmun=314000&idtema=152&search=minas-%252520gerais%2527cmariana%2527cproduto-interno-bruto-dos-municipios-2013>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

POMPEIA, Sabine; MARQUES, Luiz. Os Direitos Humanos são um caso particular dos direitos da natureza. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/direitos-humanos/os-direitos-humanos-sao-um-caso-particular-dos-direitos-da-natureza>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SÓLON, Pablo. The rights of Mother Earth. In: SATGAR, Vishwas. *The Climate Crisis: South African and Global Democratic Eco-Socialist Alternatives*. South Africa: WitsUniversity Press, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1 e v. 2, 2014.

VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2020.

WALDRON, Jeremy. *Property and Ownership*. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/entries/property/>>. Acesso em: 10 mai. 2019.



MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO CIVIL

Lucas Gonçalves dos Santos

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.
Advogado.

Resumo – O presente artigo analisa a aplicação das medidas executivas atípicas com a nova dogmática adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015. Inicialmente, aborda-se o processo executório e suas especificidades, a fim demonstrar seu objetivo, abordando, ainda, os principais princípios norteadores. Após, passa-se a análise das medidas executivas previstas no CPC/2015, diferenciando-as entre típicas e atípicas, suas abrangências e hipóteses de aplicação. Por fim, estabelecem-se os requisitos que devem ser observados para uma correta aplicação das medidas executivas atípicas, à luz da doutrina e da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Execução. Medidas coercitivas atípicas.

Sumário – Introdução. 1. Execução - atividade satisfativa e princípios norteadores. 2. Medidas executivas típicas e atípicas: abrangência e hipóteses de aplicação. 3. Constitucionalidade, nortes, adequação, requisitos de aplicação e análise jurisprudencial das medidas atípicas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o uso das medidas executivas atípicas nos processos de execução, seus limites e conflitos frente aos consagrados princípios processuais. Busca-se compatibilizar o uso de tais medidas junto aos princípios, não onerando excessivamente o executado e garantindo a efetividade das decisões judiciais.

Para tanto, abordam-se orientações doutrinárias e aplicações concretas pelo Poder Judiciário a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o uso irrestrito de tais medidas violam garantias do executado em benefício da efetividade da decisão judicial.

A entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 trouxe a positivação da possibilidade de uso pelo magistrado das medidas executivas atípicas, porém não estabeleceu limites para sua atuação. Assim, surge as seguintes reflexões: é possível o uso das medidas atípicas em quaisquer espécies processuais? É possível que essas medidas recaiam sobre a pessoa do executado, excetuando princípios processuais? Se mostra cabível útil o uso indiscriminado em prol da efetividade das decisões judiciais?

A fim de apresentar maior clareza sobre o tema, busca-se apresentar o rito de execução, diferenciando as espécies executivas, para posterior análise da positivação da possibilidade de uso das medidas atípicas pelo magistrado com a entrada em vigor do Código

de Processo Civil de 2015. Pretende-se despertar a atenção para os riscos do uso desenfreado das medidas sem observância dos princípios processuais e os preenchimentos dos requisitos necessários.

O primeiro capítulo aborda sobre o processo de execução, seu objeto, suas espécies, requisitos e títulos que instruem cada uma delas. Aborda, ainda, os princípios regedores do processo executivo, em especial o da atipicidade dos meios executivos e da patrimonialidade.

Seguindo, o segundo capítulo aborda sobre as medidas executivas, diferenciando as medidas típicas das atípicas. Ainda, será abordado a abrangência e as hipóteses de aplicação.

Por sua vez, o terceiro capítulo discute o uso das medidas atípicas pelo poder judiciário, sua constitucionalidade e os efeitos de seu uso indiscriminado com estrita finalidade de garantia da efetividade das decisões judiciais frente a morosidade na solução das demandas, apresentando para tanto hipóteses práticas de aplicação. Será discutido, também, os requisitos necessários para a válida aplicação das medidas atípicas.

O método usado para o desenvolvimento da pesquisa será o hipotético-dedutivo, a fim de apresentar preposições 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 deste pesquisa jurídica é qualitativa, uma 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. EXECUÇÃO – ATIVIDADE SATISFATIVA E PRINCÍPIOS NORTEADORES

O Processo de Execução Civil se encontra positivado no Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015¹ - e em legislação extravagante, como ocorre no caso do Processo de Execução Fiscal previsto na Lei nº 6.830/80². O processo executivo tem como fonte primordial satisfazer a obrigação, ou seja, o direito do titular.³

Diferente do que ocorre com o processo de conhecimento, no qual o demandante postula o reconhecimento do seu direito pelo Poder Judiciário, o titular já possui o direito,

¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

² BRASIL. *Lei nº 6.830*, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1053.

pois este se encontra consubstanciado em um título que permite sua execução, gozando de certeza, liquidez e exigibilidade. Assim, a execução funciona como fator de transformação da realidade, fazendo com que o credor seja satisfeito na sua obrigação.⁴

No Brasil, há procedimentos distintos a serem adotados a depender da origem do título que fundamenta a execução, podendo se dar na forma de cumprimento de sentença ou de execução autônoma, sendo a primeira denominada de fase executiva e a segunda processo autônomo.⁵

O Cumprimento de Sentença ou Fase Executiva se dá quando diante de um título executivo fornecido pelo próprio Poder Judiciário, emanado de Justiça Estrangeira ou da Justiça Arbitral, sendo tais títulos previstos nos incisos do artigo 515 do Código de Processo Civil⁶. Ademais, a depender do momento em que se postula o cumprimento poderá ocorrer de forma provisória ou definitiva.

Há, portanto, uma cumulação de fases processuais distintas nos mesmos autos, sendo a primeira delas a cognitiva em que o magistrado prolata uma sentença reconhecendo o direito pleiteado, e a segunda, executória, em que o magistrado busca satisfazer o direito reconhecido na sentença, caso não cumprido voluntariamente pelo demandado. Essa cumulação de fases processuais é chamada pela doutrina de sincretismo processual.⁷

O Cumprimento Provisório de Sentença ocorre quando o título que fundamenta a execução ainda não é dotado de trânsito em julgado - artigo 520 do CPC/2015⁸ -, razão pela qual sua execução se dá com maior cautela, respondendo o exequente em caso de dano ocorrido em razão da modificação da decisão em grau de recurso - artigo 520, incisos I, II e III do CPC/2015⁹ -, podendo ser, inclusive, exigida caução para sua execução - artigo 520, inciso IV do CPC/2015¹⁰.

Por sua vez, o Cumprimento Definitivo de Sentença ocorre quando o título que fundamenta a execução se encontra dotado de trânsito em julgado, ou seja, não há pendências de julgamento quanto a discussão do direito contido no título, se prestando também para as execuções inerentes às parcelas incontroversas da demanda judicial - artigo 523 do CPC/2015¹¹.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 277.

⁵ NEVES, op. cit., p. 1053.

⁶ BRASIL. op.cit., nota 1.

⁷ NEVES, op. cit., p. 1054.

⁸ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

O Processo Autônomo de Execução ou Execução de Título Extrajudicial se dá quando diante de um título advindo de relações jurídicas extrajudiciais, ou seja, emanado das relações jurídicas da livre contratação ou das relações empresariais, como ocorre nos títulos de crédito. Os títulos executivos extrajudiciais que fundamentam o processo autônomo de execução se encontram elencados nos incisos do artigo 784 do Código de Processo Civil¹².

Desta forma, pode se dizer que tanto a execução fundada em título executivo judicial quanto a fundada em título executivo extrajudicial o objetivo é a satisfação de um direito já reconhecido, cabendo tão somente compelir o devedor inadimplente a executar a obrigação, por isso chama-se de execução forçada, pois via de regra deve o devedor cumprir sua obrigação de forma voluntária, porém caso não o faça, surge o direito do credor executá-lo e garantir o resultado prático equivalente ao cumprimento voluntário.¹³

O Processo de execução civil, assim como os demais ramos e procedimentos do Direito, é regido por normas principiológicas que atribuem maior efetividade e proporcionalidade no julgamento. Há vários princípios que regem a relação processual executiva, porém alguns possuem mais relevância, são eles: desfecho único, disponibilidade da execução, utilidade, menor onerosidade, lealdade e boa-fé processual, contraditório, patrimonialidade e atipicidade dos meios executivos.

O princípio do desfecho único é visto pela doutrina como um princípio em extinção ou até mesmo como não sendo um princípio. Este princípio consiste na possibilidade da execução civil trilhar um só objetivo, a saber a satisfação do direito do exequente, conforme dispõe o artigo 924, inciso II e III do CPC/2015¹⁴. Admitindo-se, porém, uma extinção anômala quando diante de uma sentença de extinção da execução sem resolução do mérito.¹⁵

Assim, não se admite que na execução se tenha um provimento em favor do executado, ou seja, satisfazendo direito deste. Nada impede que o executado obtenha provimento favorável em sede de embargos a execução, ação esta autônoma. A controvérsia se apresenta quando a defesa do executado é feita de forma incidental, como ocorre nos casos de exceção de pré-executividade e impugnação ao cumprimento de sentença, hipótese na qual poderá ocorrer um desfecho diverso do pretendido pelo exequente, sendo esta a razão de se dizer que tal princípio se encontra em extinção.¹⁶

¹² BRASIL. op. cit., nota 1..

¹³ CÂMARA, op. cit., p. 277.

¹⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁵ CÂMARA, op. cit., p. 278; NEVES, op. cit., p. 1064/1065.

¹⁶ Ibid.

O princípio da disponibilidade da execução consiste na possibilidade do exequente dispor da continuidade do processo executivo a qualquer momento, mesmo diante do exercício do direito de defesa do executado desde que versem apenas sobre matérias processuais, não necessitando da concordância deste para operar os efeitos jurídicos pertinentes, conforme disciplina o artigo 775 do CPC/2015¹⁷. Versando a defesa do executado sobre matéria de mérito, será necessária a concordância deste, pois o desfecho da análise da defesa poderá gerar situação mais favorável ao executado, razão pela qual deve se pronunciar sobre a desistência requerida, conforme determina o artigo 775, parágrafo único, inciso II do CPC/2015^{18, 19}.

Se mostra cabível, também, que a desistência não se dê sobre toda a execução, mas sim sobre apenas alguma das medidas executivas, como exemplo a desistência de fixação de astreintes, pleiteando o exequente apenas a busca e apreensão.²⁰

O princípio da utilidade consiste em tornar a execução um objeto útil ao exequente, se encontrando exemplificado na norma do artigo 836 do CPC/2015²¹, na qual dispõe que a penhora não será realizada quando não for útil à satisfação do direito do exequente, bastando tão somente para o pagamento das custas da execução.²²

A utilidade também se mostra presente quando diante da aplicação das medidas executivas, devendo elas se mostrarem úteis para a satisfação da obrigação perquirida pelo exequente.

Em relação ao princípio da menor onerosidade é necessário observá-lo acompanhado de outro princípio processual, o princípio da efetividade. A menor onerosidade consiste em direito do executado não ver o seu patrimônio gravemente afetado em razão da execução, ou seja, possibilita o executado suscitar ao julgador a existência de uma invasão patrimonial excessiva em relação a obrigação exequenda, desde que indique outro objeto que venha a substituir aquele objeto da medida executiva, conforme dispõe o artigo 805, parágrafo único do CPC/2015²³.

Inicia-se aqui um sistema de balanço entre a menor onerosidade e a efetividade, pois ao designar o novo objeto para garantia da execução deverá provar ser menos oneroso e, pelo

¹⁷ BRASIL. op. cit. nota 1.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ CÂMARA, op. cit., p. 278/279.

²⁰ NEVES, op. cit., p. 1066.

²¹ BRASIL. op. cit., nota 1.

²² NEVES, op. cit., p. 1068.

²³ BRASIL. op. cit., nota 1.

menos, igualmente eficaz, sob pena de tornar a execução uma tutela inefetiva para o exequente, ocasionando a manutenção da medida.

A lealdade e boa-fé processual deve nortear toda relação jurídica processual, sendo ela de conhecimento ou de execução. Consistem em dever recíproco, na qual as partes devem trabalhar em harmonia e transparência processual.

Ocorre que em relação a execução há dispositivo específico na legislação aplicável ao executado, apenas, na qual prevê o chamado ato atentatório à dignidade da justiça, ocasião em que será aplicada multa a ser revertida em favor do exequente, na forma do artigo 774, parágrafo único do CPC/2015²⁴.

Em se tratando de violação a lealdade e boa-fé processual por parte do exequente, serão aplicados os regramentos genéricos, previstos nos artigos 77, 80 e 81 do CPC/2015^{25, 26}.

O princípio do contraditório possui matriz constitucional emanado do artigo 5º, inciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁷, devendo ser respeitado na execução. O executado exerce seu contraditório de três principais formas: embargos à execução, impugnação ao cumprimento de sentença e exceção de pré-executividade. A primeira se trata de processo autônomo, no qual é utilizado para exercício do contraditório quando diante de uma execução de título executivo extrajudicial. A segunda é exercida quando diante da fase de cumprimento de sentença. A terceira é exercida em qualquer das formas de execução, desde que respeitada a existência de matéria de ordem pública e a desnecessidade de dilação probatória.

Ademais, o contraditório também se faz presente em manifestações processuais incidentais como peticionamento aos autos a fim de suscitar eventual nulidade processual por inobservância do regramento pertinente a matéria, a exemplo: alienação de bem por preço vil. Por fim, restaram dois princípios específicos e relevantes para análise das medidas executivas: patrimonialidade e atipicidade dos meios executivos.

O princípio da patrimonialidade consiste na garantia conferida ao executado de que responderá perante o exequente apenas com seu patrimônio e não com seu corpo, como acontecia na antiga Lei das XII Tábuas. Assim, o princípio da patrimonialidade afasta a execução de ser uma medida pessoal, sendo apenas real.²⁸

²⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

²⁵ Ibid.

²⁶ NEVES, op. cit., p. 1070.

²⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

²⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 877; NEVES, op. cit., p. 1063/1064.

O Código de Processo Civil traz expressamente em seu texto, artigo 789 do CPC/2015²⁹, a responsabilidade do executado com seus bens presentes e futuros, deixando estampado o princípio da patrimonialidade ou a responsabilidade patrimonial do executado. Os bens presentes são aqueles que já se encontram no patrimônio do devedor no início da execução, e os bens futuros são aqueles adquiridos durante o curso da execução.³⁰

Ocorre que tal princípio é mitigado pelos chamados bens impenhoráveis, ou seja, aqueles bens cuja execução não poderá atingir, garantindo o mínimo existencial ao executado, sob fundamento da dignidade da pessoa humanada, previsto no artigo 1º, inciso III da CRFB/88³¹. A exemplo de bens impenhoráveis temos o bem de família legal, regido pela Lei nº 8.009/90³², os bens de família voluntários, previsto no artigo 1711 do Código Civil de 2002³³, e os bens elencados no artigo 833 do CPC/2015³⁴.

Por sua vez, o princípio da atipicidade dos meios executivos consiste na possibilidade do magistrado aplicar medidas executivas não previstas em lei, ou seja, adotar medidas não tipificadas - atípicas. As medidas executivas visam possibilitar a satisfação do crédito, sendo encontradas na legislação processual tais como: astreintes, busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, imissão na posse, entre outras. Tal princípio se encontra previsto no artigo 536, §1 do CPC/2015³⁵, no qual dispõe sobre a possibilidade da adoção de outras medidas que não aquelas elencadas, sendo o rol exemplificativo.³⁶

Ocorre que tal princípio não se encontra limitado apenas a obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa, pois há outro dispositivo que possibilita o magistrado aplicar medidas executivas atípicas, artigo 139, inciso IV do CPC/2015³⁷, incluindo a obrigação de pagar quantia certa.³⁸

Assim, o princípio da atipicidade das medidas executivas permite o magistrado, analisando o caso concreto, adotar posturas que garantam efetividade da tutela jurisdicional,

²⁹ BRASIL. op. cit., nota 1.

³⁰ BUENO, op. cit., p. 877; CÂMARA, op. cit., p. 295.

³¹ BRASIL. op. cit., nota 27.

³² BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.

³³ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

³⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

³⁵ Ibid.

³⁶ NEVES, op. cit., p. 1074; CÂMARA, op. cit., p. 320.

³⁷ BRASIL. op. cit., nota 1.

³⁸ BUENO, op.cit., p. 114; NEVES, op. cit, p. 1074/1075.

não se limitando à previsão legal, devendo, sempre, observar a imparcialidade e a razoabilidade.³⁹

2. MEDIDAS EXECUTIVAS TÍPICAS E ATÍPICAS: ABRANGÊNCIA E HIPÓTESES DE APLICAÇÃO

As medidas executivas são também conhecidas como formas de coerção indireta, uma vez que atuam no liame da vontade do executado, incentivando o cumprimento obrigacional, seja pelo temor ou pelo incentivo propriamente dito, quando se diante de medidas executivas premiais, como a redução de honorários executivos em caso de pagamento.⁴⁰

O Código de Processo Civil, ao tratar das medidas executivas que visam garantir o cumprimento voluntário da sentença ou do título executivo, apresenta duas formas de aplicação, a primeira delas são as medidas executivas típicas, ou seja, aquelas em que o texto da legislação apresenta a medida a ser adotada pelo magistrado. As segundas são as medidas executivas atípicas, ou seja, aquelas em que a lei não dispõe expressamente qual a conduta a ser adotada pelo magistrado, possibilitando uma atuação a depender do caso concreto.

As medidas típicas aplicáveis por expressa previsão do Código de Processo são: a multa, a busca e apreensão ou imissão na posse, a remoção de pessoas ou coisas, o protesto de sentença, a inclusão em cadastro restritivo de crédito e a prisão civil.

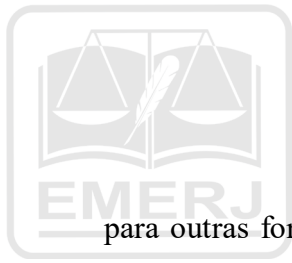
A multa ou astreintes se encontra prevista no artigo 537 do CPC/2015⁴¹ e corresponde a fixação de um valor pecuniário a ser pago pelo descumpridor da obrigação por tempo em que se perdura o descumprimento. Ao tratar da matéria o código não prevê o intervalo de tempo de sua incidência, devendo o juiz adequar a incidência a depender do caso concreto, podendo se dar hora a hora, dia a dia, mês a mês ou, até mesmo, ano a ano, sendo, possibilitado, ainda, ao magistrado efetuar a sua redução ou majoração.

Via de regra, a astreinte é fixada para obrigações de fazer ou não fazer, pois se aguarda uma ação ou omissão do executado, hipótese na qual se espera que ele cumpra ou se abstenha o quanto antes da obrigação devida. Não há impedimento de fixação da astreinte

³⁹ BUENO, op. cit., p. 744; NEVES, op. cit., p. 1075/1076.

⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 338.

⁴¹ BRASIL. op. cit., nota 1.



para outras formas de execução que não seja aquelas relativas a obrigações de fazer ou não fazer, desde que se vislumbre adequada ao caso.⁴²

Por sua vez, a medida executiva de busca e apreensão ou imissão na posse se encontram previstas no artigo 538 do CPC/2015⁴³ e corresponde a medida em que o judiciário por meio de seus instrumentos, na maior parte dos casos por meio do Oficial de Justiça, vai até o patrimônio do executado e pega o bem objeto da execução e, posteriormente, entrega ao exequente, dando por cumprida a obrigação devida.

A busca e apreensão ou imissão na posse se dá em obrigação de entrega de coisa, sendo esta relativa a coisas imóveis e aquela relativa a coisas móveis, conforme dicção dos artigos 79 e 82 do Código Civil de 2002⁴⁴.

O protesto de sentença se encontra previsto no artigo 517 do CPC/2015⁴⁵, sendo uma medida executada pelo próprio exequente consistente no protesto da decisão judicial transitada em julgado e não cumprida voluntariamente.

Outra medida executiva típica e de aplicação condicionada a requerimento da parte exequente é a inclusão em cadastro restritivo de crédito, na qual o magistrado inclui o nome do devedor no cadastro de inadimplentes, ficando o cancelamento da restrição condicionado ao pagamento, à garantia da execução ou à extinção da execução, na forma do artigo 782, §§3 a 5 do CPC/2015⁴⁶.

A medida executiva de prisão civil, prevista no artigo 528, §§3 e 7 do CPC/2015⁴⁷, é aplicável tão somente a execução de alimentos, na hipótese restrita de dívida relativa aos 3 últimos meses, conforme entendimento consolidado pela jurisprudência, inclusive objeto da Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, é ilegal a prisão civil para forçar cumprimento de obrigação de qualquer outra natureza que não seja alimentícia e estritamente ligada aos 3 (três) últimos meses, pois se trata de exceção à liberdade de locomoção em razão de dívida de natureza cível.

Percebe-se que entre as medidas executivas as típicas possuem maior facilidade de aplicação pelo magistrado atuante, uma vez que sua dicção de aplicação é prevista em lei e aceita por ambas as partes, pois permite uma ciência prévia de sua extensão patrimonial. A título exemplificativo, um executado sujeito a medida executiva de astreinte consegue prevê a

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. 3. 51. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2018, p. 214/215.

⁴³ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁴⁴ BRASIL. op. cit., nota 33.

⁴⁵ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

extensão do dano causado em seu patrimônio em eventual descumprimento, bem como da eventual amplitude de aplicação pelo magistrado.

Ocorre que, de modo diverso são as medidas atípicas, na qual são aplicáveis pelo magistrado e não previstas em lei, sendo proveniente de um juízo de adequação do caso à efetividade da tutela jurisdicional.

O CPC/2015 apresenta como norma principiológica a efetividade da tutela jurisdicional, proveniente da cooperação das partes, conforme se extrai do artigo 6º⁴⁸. Para tanto, o código dispõe sobre a possibilidade de uso de medidas executivas atípicas, artigos 139, inciso IV e 536, §1, ambos do CPC/2015⁴⁹, para assegurar o cumprimento da obrigação devida.

No mesmo sentido há o enunciado nº 48⁵⁰ da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM - que reconhece a possibilidade de fixação dessas medidas tanto em sede de cumprimento de sentença quanto em execução lastreada em título executivo extrajudicial:

Enunciado nº 48 da ENFAM: O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.

O CPC/2015 ao tratar da matéria relativa a medidas executivas atípicas não estabelece limites para a atuação judicial, ficando a critério do magistrado atuar em conformidade com o caso concreto a ele submetido.

Assim, não há limitação quanto a extensão de sua aplicação, podendo ser aplicada tanto no cumprimento sentença, título executivo judicial, quanto na execução de título executivo extrajudicial, sendo, também, independente quanto a obrigação a ser cumprida, aplicando-se no pagamento de quantia certa, na obrigação de fazer ou não fazer, na entrega de coisa e na obrigação de prestar alimentos.

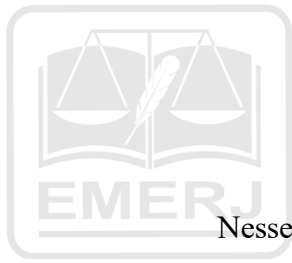
Portanto, a abrangência é ampla, podendo incidir sobre todas as obrigações e espécies executivas, sendo inclusive aplicável de ofício pelo magistrado, desde que observado os princípios básicos da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, previstos no artigo 8º do CPC/2015⁵¹.

⁴⁸ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ ENFAM. *Enunciado nº 48*. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019.

⁵¹ BRASIL. op. cit., nota 1.



Nesse sentido o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC - editou os enunciados nº 12 e 396⁵²:

Enunciado nº 12: (arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (Grupo: Execução)

Enunciado nº 396: (art. 139, IV; art. 8º) As medidas do inciso IV do art. 139 podem ser determinadas de ofício, observado o art. 8º. (Grupo: Poderes do juiz)

Ocorre que, não pode o executado ficar nas mãos do juiz quanto a fixação da medida executiva, sendo necessário respeito a alguns nortes ou parâmetros de fixações:

Essa possibilidade de emprego de medidas coercitivas atípicas na execução por quantia certa não deve, porém, transformar-se na liberdade para inseri-las em toda e qualquer execução da espécie.

(...)

Além disso, a medida coercitiva tem de amparar-se na possibilidade real de que o devedor tenha condições patrimoniais para saldar o débito, e tem de ser aplicada pelo juiz com moderação e adequação para evitar situações vexatórias incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.⁵³

A medida executiva atípica não pode ser fixada de modo a impossibilitar o executado à vida digna em sociedade, ou seja, não pode violar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, sob pena do ato judicial incorrer na hipótese de reforma em grau recursal ou até mesmo ser objeto de ação mandamental de remoção da medida imposta, tais como Mandado de Segurança e Habeas Corpus.

Ademais, não pode a decisão de fixação da medida executiva atípica fixar parâmetros que violem princípios já mencionados, tais como o princípio da patrimonialidade, menor onerosidade, proporcionalidade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana e eficiência.

3. CONSTITUCIONALIDADE, NORTES, ADEQUAÇÃO, REQUISITOS DE APLICAÇÃO E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DAS MEDIDAS ATÍPICAS.

O Poder Judiciário deve garantir a efetividade de seus julgados, ou seja, garantir àquele que busca a tutela jurisdicional a efetividade da atuação do Poder Público frente as

⁵² FPPC. *Enunciados nº 12 e 396*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2019.

⁵³ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 264.

questões apresentadas, artigo 4º do CPC/2015⁵⁴, sendo as medidas executivas atípicas uma forma de se atingir esta finalidade.

Ocorre que, o CPC/2015 ao tratar da matéria deixou a cargo do Judiciário definir as formas de aplicação, não restringindo o poder de atuação. Assim, se mostra necessária uma leitura processual-constitucional de modo a adequar aos ditames da Carta Magna a imposição de tais medidas ao devedor, sob pena de se recair em eventual inconstitucionalidade da medida.

A primeira controvérsia surge quanto a violação pelas medidas executivas atípicas ao princípio da patrimonialidade, consagrado nos artigos 391 do Código Civil⁵⁵ e 789 do CPC/2015⁵⁶.

Segundo o princípio da patrimonialidade, conforme já abordado anteriormente, o devedor responde com seus bens à execução movida pelo credor. Porém, diante da ausência de estipulação legal dos requisitos atinentes à matéria, as medidas executivas atípicas recaem sobre a pessoa do devedor, tais como apreensão de passaporte, apreensão de carteira nacional de habilitação entre outras.

Seriam então tais medidas violadoras de direitos e garantias constitucionalmente previstas, tais como a dignidade da pessoa humana e o direito de locomoção?

A resposta não se mostra tão simples, pois é necessária uma análise profunda da relação processual estabelecida e da preponderância dos direitos envolvidos. Nesse sentido, há medidas típicas no CPC/2015 que impõem ao devedor restrição de seus direitos em detrimento de outros, tal como ocorre na prisão civil do devedor de alimentos, prevalecendo o interesse do menor, sob a liberdade do devedor, atuando de forma a obriga-lo a quitar as dívidas alimentícia, não havendo nenhum vício de constitucionalidade nesta previsão, nem mesmo violação ao princípio da patrimonialidade, de modo que possibilita uma preponderância de interesses e direitos envolvidos.

Por outro lado, Alexandre Freitas Câmara⁵⁷ entende que “a aplicação dessas medidas não pode ser vista como uma punição ao devedor inadimplente. São elas mecanismos destinados a viabilizar a satisfação do direito do credor, e nada mais.”⁵⁸ Assim, seriam indevidas medidas atípicas que recaem sobre a pessoa do devedor, pois afetariam diretamente direitos ligados em sua vida em sociedade.

⁵⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁵⁵ BRASIL. op. cit., nota 33.

⁵⁶ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁵⁷ CÂMARA, op. cit., p. 101-102.

⁵⁸ Ibid.

Outra controvérsia apresentada diz respeito aos limites, qual seria o limite de criação de uma medida atípica, estaria o magistrado livre em sua consciência criativa?

Surgem então os nortes e adequações das medidas, consubstanciadas na apresentação de requisitos doutrinariamente e jurisprudencialmente criados, uma vez que a lei é silente quanto ao assunto.

A doutrina⁵⁹ e a jurisprudência⁶⁰ buscam criar parâmetros de aplicação das medidas executivas atípicas, restringindo a atuação do magistrado e evitando eventuais discricionariedades na aplicação.

O primeiro requisito estabelecido é o respeito à dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da CRFB/88⁶¹, no qual as medidas atípicas devem respeitar a dignidade do executado, não podendo impossibilitar sua convivência social e harmônica com os demais membros da sociedade, não podendo criar situações vexatórias.

O segundo requisito é o esgotamento das medidas típicas ou a presença de ineficácia de sua aplicação⁶². Trata-se, portanto, de subsidiariedade e excepcionalidade das medidas atípicas, no qual determina que as medidas típicas devem ser prioritariamente aplicadas, em respeito à separação de poderes previsto no artigo 2º da CRFB/88⁶³, pois cabe primordialmente ao legislador estabelecer os meios de coerção, e subsidiariamente ao magistrado, ora Poder Judiciário.

Assim, a aplicação deve se orientar primeiro em respeito aos princípios fundamentais e segundo pela subsidiariedade da aplicação, sendo necessário esgotar os meios típicos para após usar dos meios atípicos. Ademais, tais observâncias se encontram elencadas como normas fundamentais de processo civil, conforme se extrai do artigo 8º do CPC/2015⁶⁴.

Outro requisito a ser observado é o da proporcionalidade e da menor onerosidade, consistentes na adequação da medida imposta e do direito a ser executado, seja pelo tipo de execução objeto da medida, quanto pelo valor executado, ou seja, a medida atípica não pode

⁵⁹ CÂMARA, op. cit., p. 101-102; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 265, mar. 2017.; THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 263-264.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.782.418/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1817993&num_registro=201803135957&data=20190426&formato=PDF>. Acesso em: 23 set. 2019.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.788.950/MT. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1818004&num_registro=201803438355&data=20190426&formato=PDF>. Acesso em: 23 set. 2019.

⁶¹ BRASIL. op. cit., nota 27.

⁶² THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 264.

⁶³ BRASIL. op. cit., nota 27.

⁶⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

ser tão incisiva para execuções e valores baixos, nem brandas para execuções e valores vultuosos, havendo a necessidade de uma adequação.⁶⁵

Trícia Navarro Xavier Cabral defende⁶⁶, ainda, a necessidade de observância do requisito da correlação entre a medida atípica aplicada e o bem objeto da execução, de modo que uma medida somente poderia ser aplicada quando relacionada com o bem objeto da tutela jurisdicional, como por exemplo: aplicação de suspensão ou apreensão de carteira nacional de habilitação quando relacionada a dívida de veículos; apreensão de passaporte quando executada dívida de alimentos, evitando gastos do executado no exterior; e, impedimento de fornecimento de novas linhas de crédito quando executada dívida relacionada a cartão de crédito.

Por sua vez, deve se observar o contraditório, evitando a chamada decisão surpresa objeto de tratamento como norma fundamental processual, artigo 7º, 9º e 10 do CPC/2015⁶⁷, evitando que não se dê oportunidade ao exequente de cumprir a obrigação.⁶⁸

Deve-se, ainda, sempre ter em mente que as decisões proferidas pelo magistrado aplicando as medidas executivas atípicas necessitam de fundamentação, requisito este indispensável para prática de qualquer ato judicial, previsto tanto no artigo 93, inciso IX da CRFB/88⁶⁹ quanto no artigo 11 do CPC/2015⁷⁰.

O Superior Tribunal de Justiça recentemente em julgamento dos Recursos Especiais nº 1.782.418/RJ⁷¹ e 1.788.950/MT⁷² fixou diretrizes de aplicação das medidas executivas atípicas.

No primeiro caso, relatoria da Ministra Nancy Andrighi, tratava-se de cumprimento de sentença de quantia certa, no qual o tribunal a quo havia afastado a fixação de medidas atípicas pleiteadas pelo exequente, suspensão de carteira nacional de habilitação e retenção de passaporte, sob fundamento de que a responsabilidade do devedor pelas dívidas possuem aspecto patrimonial e não pessoal, ora princípio da patrimonialidade.

Decidiu o tribunal superior que as medidas atípicas não violam o princípio da patrimonialidade, pois este assegura que medidas executivas sub-rogatórias não recaiam sobre

⁶⁵ GAJARDONI, apud CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *A atuação do juiz e as medidas executivas no CPC/15*. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/390527161/a-atuacao-do-juiz-e-as-medidas-executivas-no-cpc-15>>. Acesso em: 23 set. 2019.

⁶⁶ CABRAL, op. cit., nota 65.

⁶⁷ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁶⁸ CABRAL, op. cit., nota 65.

⁶⁹ BRASIL. op. cit., nota 27.

⁷⁰ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁷¹ BRASIL. op. cit., nota 60.

⁷² Ibid.

a pessoa do executado, mas sim em substituição da dívida inadimplida, diferente do que ocorre com aquelas, na qual fazem papel psicológico, atuando na vontade do devedor.⁷³

Em suma, a patrimonialidade se aplica às medidas sub-rogatórias e não às medidas coercitivas, esta última hipótese na qual está inserida as medidas atípicas, pois persiste a obrigação exequenda, enquanto naquela se opera a substituição da obrigação.

Por fim, além dos requisitos já elencados, o STJ⁷⁴ estabelece que há a necessidade de demonstração que o exequente possua patrimônio expropriável e que intente frustrar, sem razão, o processo executivo.

No segundo caso, também de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, tratava-se de indeferimento de adoção de medidas atípicas, suspensão da carteira nacional de habilitação e apreensão de passaporte, pelo tribunal a quo em razão da inexistência de bens aptos a serem expropriadas, o que se coaduna com o requisito estabelecido pelo tribunal superior, a saber existência de patrimônio expropriável.

Percebe-se, portanto, que as medidas executivas atípicas são constitucionais, devendo observar requisitos e diretrizes construídos pela doutrina e pela jurisprudência, não podendo o magistrado atuar com arbitrariedade, sob pena da sua atuação agravar a situação do executado, bem como tornar inefetiva e ineficaz a tutela jurisdicional, estando, assim, em dissonância com princípios fundamentais constitucionais e processuais.

CONCLUSÃO

As medidas executivas atípicas se mostram como um meio alternativo de cumprimento voluntário da obrigação devida, atuando como forte fator de coerção psicológica, porém sempre é necessário se ter em mente que a medida não valerá como cumprimento da obrigação, uma vez que não possui caráter sub-rogatório, mas apenas coercitivo.

Assim, o uso de medidas executivas atípicas se consubstancia em um meio para obtenção do resultado, e não um fim em si mesmo, pois elas não visam substituir a vontade do executado, mas sim compeli-lo a cumprir a determinação judicial.

⁷³ NEVES, apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.788.950/MT*. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1818004&num_registro=201803438355&data=20190426&formato=PDF>. Acesso em: 23 set. 2019.

⁷⁴ BRASIL. op. cit., nota 60.

Ademais, necessário sempre respeito aos parâmetros fixados pela doutrina e pela jurisprudência, em especial o esgotamento das medidas típicas, a observância da adequação e a efetiva possibilidade de cumprimento da obrigação exequenda pelo executado.

Não há, ainda, uma jurisprudência consolidada sobre o assunto, dependendo de uma maior solidificação da jurisprudência e lapidação de requisitos objetivos para sua aplicação, retirando das mãos do magistrado uma forma de aplicação subjetivista, possibilitando por via reflexa uma previsibilidade do executado do que lhe poderá ser imposto em caso de não cumprimento voluntário da execução que lhe é movida.

Assim, as medidas executivas atípicas se mostram úteis e, desde que usada de modo adequado, constitucionais, atendendo, inclusive, à observância dos princípios processuais. Portanto, trata-se de um poder conferido ao magistrado pela dinâmica do CPC/2015 que retrata uma maior flexibilidade de atuação do judiciário junto à modernização da dinâmica processual.

Por fim, deve-se levar em conta que cumprida a obrigação exequenda é dever do magistrado encerrar os efeitos da medida imposta, independente da espécie, pois, como já mencionado, a medida não se mostra um fim si mesma, mas apenas uma forma de coerção, sob pena do ato judicial incidir em ilegalidade, afrontando princípios consagrados no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. *Lei nº 6.830*, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. *Lei nº 8.009*, de 29 de março de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm. Acesso em: 27 mar. 2019.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.782.418/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1817993&num_registro=201803135957&data=20190426&formato=PDF>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.788.950/MT*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1818004&num_registro=201803438355&data=20190426&formato=PDF>. Acesso em: 23 set. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *A atuação do juiz e as medidas executivas no CPC/15*. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/390527161/a-atuacao-do-juiz-e-as-medidas-executivas-no-cpc-15>>. Acesso em: 23 set. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ENFAM. *Enunciado nº 48*. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019.

FPPC. *Enunciados nº 12 e 396*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 265, mar. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. V. 3. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

O TEMPO MÁXIMO DE INTERNAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA E AS SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

Luisa Lima de Castilho

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito.
Advogada.

Resumo – O ordenamento jurídico brasileiro não admite penas perpétuas, de forma que o entendimento dos Tribunais Superiores é no sentido de que deve haver uma limitação temporal para o tempo de internação relativo àqueles que são submetidos ao cumprimento das medidas de segurança. Contudo, possibilitar o retorno ao convívio social de alguém que ainda não apresenta condições médicas indicadoras de que não mais cometerá crimes significa possibilitar a colocação de toda a sociedade em risco, o que não é razoável admitir. Assim, faz-se necessária uma profunda reflexão na tentativa de conjugar tanto o direito do condenado à medida de segurança de não se ver obrigado a cumprir uma pena perpétua como o interesse da sociedade em se ver minimamente protegida.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Medidas de segurança. Tempo máximo de cumprimento de pena.

Sumário – Introdução. 1. A medida de segurança prevista no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Análise do caso verídico conhecido popularmente como “Vampiro de Niterói” 3. A necessidade de alargamento do tempo máximo de internação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a necessidade de rever a limitação temporal das penas impostas àqueles considerados inimputáveis, nos termos do art. 26 do Código Penal. Procura-se demonstrar que, muito embora a Constituição Federal preveja o limite máximo de trinta anos para cumprimento de pena ou de medida de segurança, há casos em que tal limite legal não é suficiente para garantir a segurança social.

Por outro lado, também não é razoável que haja a total exclusão social desse doente mental, violando-se o seu princípio constitucional básico da dignidade da pessoa humana, na medida em que a Carta Magna proíbe uma série de condutas em face dos apenados. Com efeito, há expressa proibição em relação à pena de morte, ou de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e cruel, com fulcro no inciso XLVII do art. 5º da CF/88.

Dessa forma, é necessário que haja uma profunda reflexão acerca desse assunto a fim de se buscar resguardar o maior grau de interesse de todos os principais envolvidos, isto é, da mesma forma que é fundamental que a sociedade se sinta protegida, é também importante que tal apenado considerado como doente mental tenha seus direitos fundamentais básicos garantidos.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema para tentar formular uma espécie de projeto de lei que pondere os interesses constitucionais em questão a fim de se chegar a um posicionamento razoável, isto é, a partir da consideração e ponderação de todos os interesses envolvidos na lide, quais sejam: o interesse do próprio apenado doente mental, bem como o interesse da sociedade em se ver protegida de tais apenados.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece a devida atenção. Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “inimputável” e de “medida de segurança” e compreender como tais conceitos estão sendo interpretados pelo nosso Poder Judiciário atualmente.

Além disso, é fundamental destacar a necessidade de interdisciplinaridade quando da análise de tais temas, que dialogam – e muito – com a Psicologia e, em alguns casos, até com a Medicina Psiquiátrica. Isso porque a ciência jurídica, desacompanhada de outros conhecimentos, não dispõe de meios para analisar essa importante questão.

Como se sabe, lidar com um sujeito que, nos exatos termos do art. 26 do CP, era, no momento da ação ou omissão criminosa, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, seja por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, é, no mínimo, delicado.

Dessa forma, o objetivo da presente pesquisa será sugerir possíveis alterações legislativas para que o interesse de todos os envolvidos sejam devidamente resguardados, tanto da perspectiva legal, como do ponto de vista social, seja em relação à sociedade que, em muitos casos, se sente desprotegida diante do limite temporal, seja em relação ao próprio apenado, que acaba sendo condenado ao ostracismo social.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a apresentação do conceito de “inimputável”, a partir da análise dos dispositivos legais que tratam do tema, levando tal discussão para casos concretos, analisando-se, especificamente, o caso do “Vampiro de Niterói” e suas peculiaridades a fim de apontar as deficiências legais de tal procedimento penal.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, como a matéria relativa às medidas de segurança é tratada no diploma penal, destacando-se a necessidade de interdisciplinaridade entre a seara jurídica e a área médica para que seja possível delinear o melhor tratamento que deve ser dispensado aos doentes mentais.

O terceiro capítulo pesquisa a necessidade de uma revisão de tal procedimento legal, na medida em que o caso do “Vampiro de Niterói” ressalta uma série de problemas a serem

sanados ou, ao menos, percebidos, pois só assim é que será possível que tais questões sejam debatidas e, na melhor das hipóteses, resolvidas.

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. ANÁLISE DO CONCEITO DE INIMPUTABILIDADE E APRESENTAÇÃO DO CASO VERÍDICO CONHECIDO POPULARMENTE COMO “VAMPIRO DE NITERÓI”

Primeiramente, é fundamental que se proceda à análise dos conceitos e dispositivos legais que se relacionam diretamente com o tema que será tratado no presente trabalho.

Desse modo, impõe-se a análise do conceito de inimputável contido no artigo 26 do Código Penal (CP)¹, a fim de identificar qual é o sujeito passivo das medidas de segurança, ou seja, como o ordenamento jurídico pátrio definiu aqueles que não seriam sentenciados para cumprir pena em estabelecimentos prisionais, mas em hospitais psiquiátricos.

Nesse sentido, o supramencionado dispositivo legal assevera que será isento de pena aquele que, “por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Cezar Roberto Bitencourt² analisa o caput do artigo 26 do CP, afirmando que:

Na verdade, exige-se, em outros termos, que tal distúrbio – doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado – produza uma consequência determinada, qual seja, a falta de capacidade de discernir, de avaliar os próprios atos, de compará-los com a ordem normativa. O agente é incapaz de avaliar o que faz, no momento do fato, ou então, em razão dessas anormalidades psíquicas, é incapaz de autodeterminar-se. Devem reunir-se, portanto, no caso de anormalidade psíquica, dois aspectos indispensáveis: um aspecto biológico, que é o da doença em si,

¹ BRASIL, *Código Penal*. Art.26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 08 out. 2019.

² BITENCOURT, Cezar. *Legislador trata com discriminação o deficiente mental*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-27/cezar-bitencourt-legislador-trata-discriminacao-deficiente-mental>> Acesso em: 08 out. 2019.

da anormalidade propriamente, e um aspecto psicológico, que é o referente à capacidade de entender ou de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento

Tal previsão legal se justifica porque crime é fato típico, ilícito e culpável. A culpabilidade, porém, elemento importantíssimo na teoria do delito e que serve como pressuposto essencial na aplicação de uma pena, fica prejudicada quando resta comprovado que o suposto criminoso não tinha plena capacidade de discernimento no momento do cometimento do crime.

O diploma penal, portanto, optou por não definir a imputabilidade no dispositivo legal, mas apenas descrever as características que tornam impossível seu reconhecimento, de forma que a inimputabilidade é classificada como causa de exclusão da culpabilidade. Assim, muito embora o crime exista, a pena não é aplicada em razão da falta de reprovabilidade.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci³ acredita que a culpabilidade é um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo ser o agente plenamente imputável, através das regras impostas pelo direito.

Percebe-se, portanto, que aquele que comete uma conduta criminosa sem ter a plena capacidade de discernimento para saber que a sua ação foi criminosa é positivamente discriminado, não sendo colocado em presídios comuns, mas em hospitais psiquiátricos, que seriam, em tese, mais aptos ao acolhimento desse doente mental.

Não obstante ter potencial consciência da ilicitude, ou seja, o inequívoco conhecimento do agente criminoso acerca da tipicidade e ilicitude de sua conduta, é também necessário que o sujeito ativo o tenha praticado em condições normais e em situação não-adversa, na qual não era possível exigir do autor conduta diversa da criminosa, isto é, importa verificar se o agente criminoso teve a chance de praticar comportamento diverso do adotado e, contudo, optou pela prática do crime.

Nesse ponto, cabe destacar que, caso não haja a completa incapacidade de discernimento, é possível a redução da pena, nos termos do parágrafo único do mencionado dispositivo legal. Trata-se do reconhecimento da semi-imputabilidade, que se caracteriza como área intermediária entre a perfeita saúde mental e a insanidade. São aquelas doenças que não retiram completamente a capacidade volitiva do sujeito, mas apenas a diminuem no momento da prática da conduta criminosa.

Nesses casos, é possível a incidência da referida causa de diminuição de pena no patamar de um a dois terços. O *quantum* de redução dependerá da verificação de alguns

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, [e-book].

critérios objetivos que serão constatados via perícia médica especializada a fim de determinar a intensidade do mal mental que aflige o sujeito em questão. Importa ressaltar, também, que atualmente vige o sistema vicariante, ou seja, não é mais possível a aplicação da pena conjuntamente com a medida de segurança, mas apenas a pena devidamente reduzida, de acordo com os parâmetros legais.

Para fins de maior elucidação da questão jurídica a ser desenvolvida na presente pesquisa, analisa-se o caso de Marcelo Costa de Andrade, que estuprou e/ou matou quatorze crianças de idade entre 5 e 13 anos. Ficou conhecido como “Vampiro de Niterói” porque costumava matar essas crianças por enforcamento e depois, em alguns casos, cortava a garganta delas e bebia seu sangue. Quando lhe foi perguntado o porquê de beber o sangue delas, respondeu prontamente que era para conseguir a juventude e beleza de tais infantes.

Logo, é nítido que Marcelo cometeu diversos crimes gravíssimos, mas também é nítido que ele não tinha plena capacidade de discernimento para identificar o caráter ilícito de suas condutas, devendo, portanto, ser internado exatamente como forma de medida de segurança.

Com efeito, Marcelo foi internado em 1993, de modo que já está internado há vinte e seis anos. Em 2017, aliás, a Defensoria Pública, que representava Marcelo judicialmente nessa época, fez um pedido de desinternação, alegando que ele é “mais um paciente dentre vários outros internos por medida de segurança” e que o tratamento não é uma pena, mas um meio de reinserir o réu na sociedade.”⁴

De fato, o tratamento visa a reinserção do réu ao convívio social, de modo que a sua liberação dos cuidados estatais não se apresente como perigo para a sociedade, isto é, por mais que o doente mental não consiga compreender o caráter ilícito de seus atos, é preciso que, no mínimo, compreenda que não deve mais cometê-los.

A promotora responsável pelo caso afirmou que⁵:

O pedido é para uma saída temporária, uma situação intermediária entre internação e liberdade. Mas ele não tem condições de sair do hospital psiquiátrico. Ele fala com orgulho dos delitos que praticou, não tem consciência de que o que fez é errado. Além disso, a equipe que cuida de sua internação nunca indicou que ele pudesse sair do hospital.

⁴ GLOBO, *Vampiro de Niterói quer sair de manicômio após de 24 anos internado*. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/vampiro-de-niteroi-quer-sair-de-manicomio-apos-24-anos-internado-21975665.html>> Acesso em: 03 mai. 2019.

⁵ Ibid.

Ademais, no último laudo elaborado pela equipe da unidade onde Marcelo estava internado, feito em 2017, os especialistas afirmaram que ele é portador de doença mental incurável. Dessa forma, a desembargadora Maria Angélica G. Guerra Guedes negou o pedido da defesa do réu para elaboração de tratamento alternativo, pois afirmou que Marcelo “não apresenta condições para a construção de um projeto terapêutico”.

Dessa forma, percebe-se ser perfeitamente possível que, imediatamente após retornar ao convívio em sociedade, ele cometa novos atos ilícitos sem saber que se tratam de ilicitudes. Tal possibilidade não pode jamais ser admitida ou, pior ainda, permitida, devendo-se imperar o dever estatal de minimamente garantir a segurança de todos nós, como sociedade.

A discussão, porém, se torna mais intensa e de maior complexidade quando o tempo máximo de pena previsto constitucionalmente (trinta anos) está se aproximando do fim, pois o retorno de Marcelo para o convívio social pode significar colocar diversas crianças em risco novamente. Principalmente porque, como já dito, o tratamento dispensado a ele não foi no intuito e reinseri-lo socialmente, mas de total exclusão social.

É preciso, portanto, pensar uma forma de conciliar tanto a proteção do doente mental que cumpre a medida de segurança que lhe foi imposta, como a sociedade, que também não pode ser colocada em risco pela imposição de liberação desse sujeito que não apresenta condições de retornar ao convívio em sociedade.

2. A MEDIDA DE SEGURANÇA PREVISTA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No título VI do CP, que trata especificamente das medidas de segurança, há previsão, no artigo 96⁶, de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou de sujeição a tratamento ambulatorial. O parágrafo único do mencionado dispositivo legal determina que, do mesmo modo que ocorre com as penas impostas aos imputáveis, a extinção da punibilidade também acarreta a necessidade de liberação do sujeito que se encontrava em algum grau de privação de liberdade. Dessa forma, caso já tenha iniciado o cumprimento da medida de segurança, este deverá ser interrompido e a medida, imediatamente extinta.

Isso porque, diferentemente das penas, que têm caráter de prevenção geral, especial e de retribuição, as medidas de segurança tem caráter de mera prevenção especial, ou seja, a

⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

aplicação da medida de segurança visa apenas a impossibilidade, pelo menos durante o seu cumprimento, de que aquele sujeito volte a delinquir, colocando a sociedade em perigo.

Com efeito, não há efetiva preocupação com a capacidade de ressocialização ou, pelo menos, com a possibilidade de diminuição da periculosidade daquele sujeito que tem a capacidade de discernimento prejudicada.

O artigo 97 do CP⁷ determina qual será o tratamento dispensado ao doente mental, de acordo com uma equiparação com as penas de reclusão e detenção, de forma que caso o doente mental seja condenado por um delito que imponha a pena de reclusão, será internado, mas se for um crime cuja pena é de detenção, será submetido a tratamento ambulatorial.

Muito embora a escolha pelo tratamento a ser dispensado devesse ser de acordo com as peculiaridades do caso concreto, analisando-se o transtorno mental específico que aflige o sujeito, a determinação do tratamento se dá pela correlação entre o tipo de pena prevista.

O §1º do artigo 97 do CP determina o prazo indeterminado para cumprimento da medida de segurança, de modo que deverá ser averiguada, mediante perícia médica, se houve a cessação da periculosidade. Muito embora o referido dispositivo legal assevere a indeterminação do prazo, percebe-se que esse não é o entendimento que prevalece, seja na doutrina, seja nos Tribunais Superiores.

Com efeito, o Ministro Marco Aurélio⁸ já se manifestou no sentido da necessidade de observância do limite constitucional de trinta anos, de forma que as medidas de segurança também devem observar esse prazo máximo de duração. Nas palavras do Ministro:

É certo que o §1º do artigo 97 do Código Penal dispõe sobre prazo para imposição de medida de segurança, revelando-o indeterminado. Todavia, há de se conferir ao preceito interpretação sistemática, teleológica, atentando-se para o limite de trinta anos fixado pelo legislador, tendo em conta a regra primária vedadora da prisão perpétua.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua vez, já entendeu que o prazo deveria mesmo ser indeterminado, ao se considerar que a liberdade do indivíduo estaria condicionada a laudo pericial constatando a cessação de periculosidade, de modo que, em tese, seria possível sua extensão para além dos trinta anos.

Atualmente, porém, em homenagem ao princípio da isonomia em seu grau máximo, editou enunciado de súmula no sentido de que o máximo de tempo de internação deve ser aquele máximo previsto em abstrato pro delito cometido.⁹

⁷ Ibid.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.219*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800654/habeas-corporus-hc-84219-sp-stf>> Acesso em: 08 out. 2019.

O §2º do artigo 97 do CP dispõe que a perícia médica será realizada quando esgotado o prazo mínimo fixado, devendo ser repetida anualmente ou a qualquer tempo, a depender de determinação do juiz da execução.

O §3º do artigo 97 do CP determina que a desinternação ou liberação será sempre condicional, de forma que deverá ser restabelecida a situação anterior caso o agente, no prazo de um ano, pratique fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

O §4º do artigo 97 do CP afirma a possibilidade de o juiz, em qualquer fase do tratamento ambulatorial, determinar a internação do agente. É possível, portanto, que mesmo que o crime cometido por aquele doente mental seja punível com detenção, de forma que tenha sido determinado, *a priori*, o tratamento ambulatorial, o juiz agrave a situação desse apenado ao determinar a necessidade de internação.

Outra possibilidade é a de que tenha sido determinada pena privativa de liberdade, mas como sobreveio algum indicativo de doença mental, autoriza-se a alteração para que o sujeito passe a cumprir medida de segurança.

O artigo 98 do CP comenta a possibilidade de substituição da pena por medida de segurança em se tratando de semi-imputável, ou seja, é possível tanto a substituição da pena privativa de liberdade como também do tratamento ambulatorial, tendo em vista que o sistema vicariante não permite a aplicação conjunta da pena privativa de liberdade com a medida de segurança.

É possível, também, que haja a superveniência de uma doença mental, de forma que o sujeito tinha plena capacidade de discernimento no momento do cometimento do crime, mas depois, durante o cumprimento de sua pena privativa de liberdade, foi acometido por alguma doença mental, sendo necessária a substituição por medida de segurança. Nesse caso, o tempo de internação não poderá extrapolar o restante que faltava para cumprir a pena privativa de liberdade imposta.

Finalmente, o artigo 99 do diploma penal determina que o internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento. Tal dispositivo pretende impedir que o sujeito que recebeu medida de segurança fique recolhido em presídio comum, devendo receber tratamento psiquiátrico necessário em hospital de custódia e tratamento ou, na sua falta, em estabelecimento dotado de características hospitalares.

⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Súmula n° 527*: O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>> Acesso em: 08 out. 2019.

Em relação ao tratamento dispensado ao doente mental, é fundamental que este seja compatível com o seu grau de percepção da realidade, ou seja, é preciso que sejam encontrados meios de comunicação eficazes para que tal doente consiga expor seus verdadeiros sentimentos e distúrbios mentais. Sem que se conheça o mal que aflige esse doente mental, é impossível vislumbrar qualquer possibilidade de cura.

Nesse sentido, cabe citar o importante trabalho desenvolvido por Nise da Silveira¹⁰, uma psiquiatra alagoana que revolucionou os cuidados dispensados aos esquizofrênicos que, até então, consistiam basicamente em eletrochoque e lobotomia, posto que tais práticas deixavam o paciente menos agressivo e propôs um tratamento humanizado, que usava a arte para reabilitar os pacientes.

Assim, muito embora tratamentos que consigam deixar os apenados menos agressivos possam ser positivos, ao se considerar apenas a perspectiva da segurança social, não é razoável permitir que essas pessoas sofram tratamentos invasivos e que não os tratam como o sujeito de direito que são, violando, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, se o intuito é garantir que o sujeito portador de doença mental não venha a cometer novos ilícitos ao ser colocado em liberdade, é necessário que, durante o seu tratamento, ele tenha conseguido expressar suas aflições a fim de ser possível minimizá-las. Saber o que faz com que aquele doente mental aja agressivamente também é fundamental, a fim de informar aos seus familiares para que eles evitem que tais situações ocorram, desequilibrando o doente mental.

Impõe-se, também, que o sujeito seja colocado em contato com a sociedade de forma gradativa, a fim de ir se acostumando ao convívio social. Ele deve ser cuidadosamente observado pelos profissionais que o acompanham, percebendo-se como ele reage em diversas situações.

O que ocorre, porém, é o completo ostracismo social desse doente mental e a imposição de que seja liberado após completar o máximo de trinta anos de internação. Com efeito, os hospitais psiquiátricos dispensam um tratamento focado na total exclusão social desse doente mental, que apresenta um perigo social com o qual o Estado não está disposto a lidar.

¹⁰ VELOSO, Amanda Montalvão. *Quem foi Nise da Silveira, a mulher que revolucionou o tratamento da loucura no Brasil*. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2016/04/19/quem-foi-nise-da-silveira-a-mulher-que-revolucionou-o-tratament_a_21701186/> Acesso em: 31 out. 2019.



Ora, não é preciso uma análise tão perfunctória para concluir que esse modo de tratamento não se coaduna com um dos mais importantes princípios constitucionais, consignado como direito fundamental, qual seja: o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto logo no primeiro artigo da Carta Magna¹¹.

De fato, não é razoável excluir totalmente esse indivíduo do convívio social pelo prazo máximo de trinta anos, principalmente se considerando a falta de preparo e até mesmo de interesse do Estado na possibilidade de ressocialização desse sujeito.

É preciso lembrar que, passados esses trinta anos previstos como tempo máximo de internação, a norma estabelece a obrigatoriedade de retorno desse apenado ao convívio social. Ora, se há previsão de que esse indivíduo possa retornar ao convívio social, é preciso que tal retorno não signifique colocar a sociedade em perigo.

Dessa forma, a falta de previsão de um tratamento psiquiátrico adequado durante o prazo máximo de trinta anos não é razoável para o apenado nem para a sociedade. Isso porque, além de existir a possibilidade de que a sociedade seja colocada em risco novamente se, passados esses trinta anos, esse doente mental não apresente qualquer melhora; há também a grave violação de um princípio constitucional básico do apenado, qual seja: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Logo, sem um procedimento tratativo e curador que vise justamente a reinserção social desse doente mental para que ele possa, após o cumprimento da medida de segurança, retornar ao convívio social sem que isso signifique um risco para a sociedade, o atual entendimento de que o limite de trinta anos previsto constitucionalmente dever ser observado em qualquer hipótese, inclusive em se tratando de medida de segurança, não atende aos anseios sociais, ou seja, não é satisfatória.

3. A NECESSIDADE DE ALARGAMENTO DO TEMPO MÁXIMO DE INTERNAÇÃO

Os defensores do limite máximo de trinta anos previsto para as penas privativas de liberdades também ser aplicado às medidas de segurança se baseiam tanto a vedação constitucional acerca de penas de caráter perpétuo, como no princípio da igualdade, afirmando que não seria razoável tratar os doentes mentais de forma diferente.

¹¹ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 08 out. 2019.

Quanto à norma constitucional que veda penas de caráter perpétuo, é preciso lembrar que, muito embora a medida de segurança seja elencada como uma espécie de pena, ela se difere da pena em diversos aspectos, objetivando principalmente o tratamento psiquiátrico do paciente. Com efeito, enquanto as penas se baseiam na culpabilidade do agente, as medidas de segurança se baseiam em sua periculosidade; enquanto as penas apresentam caráter retributivo-preventivo, as medidas de segurança têm natureza principalmente preventiva. Em síntese, não é razoável estabelecer regras iguais para medidas com diferentes propósitos.

Em relação à aplicação do princípio da igualdade, por sua vez, deve-se lembrar que tal princípio estabelece tratamento igualitário aos iguais e, aos desiguais, tratamento desigual, na medida da sua desigualdade.

Dessa forma, é preciso ter em mente que os objetivos buscados pelo sistema jurídico e compreendidos pelo sujeito em perfeitas condições de suas faculdades mentais não se equivalem quando o sujeito cometedor de uma conduta delituosa não consegue compreender totalmente as consequências de seus atos.

Isso porque, enquanto a pessoa com plena capacidade de discernimento será capaz de compreender o grau de reprovação social do ato ilícito cometido, bem como a imposição de uma sanção penal como resposta caso venha a delinquir novamente, configurando, portanto, um meio eficaz de prevenção especial; em se tratando de um doente mental, tudo muda.

Ora, não é por outro motivo que, em sede de medida de segurança, não há que se falar em prevenção geral, já que os demais, que também não contam com o completo desenvolvimento de suas faculdades mentais, não se sentirão coagidos a não cometer crimes pelo fato de que houve a condenação de um dos seus "iguais". Assim, enquanto as penas conseguem conter tanto o caráter de prevenção especial como geral, as medidas de segurança desempenham tão somente o papel da prevenção especial, afastando o doente mental a fim de proteger a sociedade.

Na verdade, não há que se falar em compreensão dos efeitos da medida de segurança se esses sujeitos não conseguem sequer compreender o motivo de estarem sendo encaminhados a tratamento ou à internação. É preciso, nesses casos, que eles sejam tratados de forma diferenciada, analisando-se suas necessidades específicas a fim de garantir o melhor tratamento e, conseqüentemente, melhor probabilidade de uma efetiva melhora. Desse modo, talvez o tempo seja um fator a ser considerado, já que uma doença mental não tem prazo para cura, sendo algumas, inclusive, classificadas como incuráveis.

Salo de Carvalho e Fernando Galvão¹², apresentam alternativas para resolução desse empasse transferindo a responsabilidade para o juízo cível, o qual poderia analisar a possibilidade de uma eventual interdição. Ainda não há, porém, um regramento legal que estabeleça regras e condições para o cuidado daquele agente inimputável que é desinternado sem a efetiva cura.

Sobre o tema, Guilherme Nucci¹³ sabiamente comenta:

Seria demasiado apego à forma transferi-lo de um hospital de custódia e tratamento criminal para outro, onde estão abrigados insanos interditados civilmente, somente porque foi atingido o teto máximo da pena correspondente ao fato criminoso praticado, como alguns sugerem, ou o teto máximo de 30 anos, previsto no art. 75, como sugerem outros.

Com efeito, não faz sentido a mera transferência da responsabilidade, pois além de possibilitar um retrocesso no tratamento desse paciente que, até então, estava acostumado a ser tratado em um determinado lugar, por pessoas específicas, conhecendo seus colegas que também estão internados e, de repente, se vê em um lugar absolutamente novo, o que pode angustiá-lo profundamente.

Na verdade, transferi-lo significa propiciar uma piora significativa, já que a necessidade de manutenção da rotina e o reconhecimento de pessoas e lugares são fatores fundamentais para conquistar a confiança de pacientes, deixando-os calmos e sociáveis para que o tratamento possa prosseguir satisfatoriamente.

Em suma, para proteger a sociedade de pessoas que apresentam um alto nível de periculosidade, é razoável permitir a possibilidade de alargamento do tempo de internação, a depender do caso concreto.

Ou será que, caso seja atingido o prazo máximo de trinta anos previsto constitucionalmente, a desinternação seria automática? Responder positivamente a tal questão significa esvaziar o sentido do já analisado §1º do artigo 97 do CP, que determina a necessidade de perícia médica constatando a cessação da periculosidade. Pior: significa autorizar a saída de alguém que, atestadamente, apresenta perigo para a sociedade.

Corroborando com o objetivo da norma supramencionada, o artigo 174 da Lei de Execuções Penais (LEP)¹⁴ determina a aplicação dos seus artigos 8º e 9º aos sujeitos

¹² CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 529-531; GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. 5. ed., Belo Horizonte: D'plácido, 2016, p. 905.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 551.

¹⁴ BRASIL, *Lei nº 7.210* de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 08 out. 2109.

sentenciados ao cumprimento de medida de segurança, de forma que aqueles que estejam cumprindo medida de segurança sejam submetidos a exame criminológico, ou seja, objetiva-se atestar o grau de periculosidade desse sujeito antes de autorizar seu retorno ao convívio social.

Assim, enquanto não for possível garantir, ainda que minimamente, que aquele indivíduo que deixa o isolamento para voltar ao convívio social não colocará a sociedade em risco novamente, autorizar a possibilidade de alargamento do tempo de internação é medida que se impõe.

A norma contida no §3º do artigo 97 do CP, a qual determina o restabelecimento da internação se o agente, no prazo de um ano, praticar fato indicativo de persistência de sua periculosidade merece elogios, posto que ainda que já liberado do tratamento ambulatorial ou da internação, o paciente deve comprovar que se encontra apto a conviver em sociedade, sem mais delinquir ou cometer atos atentatórios à boa convivência social, de forma que a extinção definitiva da execução só se dará após o término desse período de doze meses.

Isso porque, em se tratando de saúde mental, ainda que se possa recorrer a uma série de medidas na tentativa de tornar esse doente mental capaz do pleno convívio social, é natural que ele seja mais sensível a certas mudanças de humor, incluindo-se as possíveis recaídas quanto à doença mental que apresenta.

Não fica claro, porém, se alguém que já tenha cumprido o prazo máximo de internação, ou seja, os trinta anos previstos constitucionalmente, mas venha a praticar fatos que indiquem a persistência de periculosidade, poderá voltar a ser internado? A resposta mais razoável é no sentido da possibilidade, já que resposta no sentido contrário seria o mesmo que permitir que alguém que já cumpriu o máximo de trinta anos possa delinquir sem sofrer qualquer sanção estatal.

Nesse sentido, cabe tecer alguns importantes comentários. Por mais que uma pessoa em total controle de suas faculdades mentais possa voltar a delinquir a partir de uma escolha racional, o doente mental pode voltar a apresentar perigo social sem ter a menor consciência da ilicitude que pratica.

A responsabilidade por esses sujeitos, portanto, é do Estado, que deve garantir a mínima segurança social, de forma que melhor que permitir a saída após completar os trinta anos, é garantir a segurança da sociedade até que tal sujeito apresente significativa melhora, capaz de não mais apresentar risco social, a ser comprovado mediante perícia médica.

Por mais que a lei estabeleça prazo indeterminado para liberação do doente mental que cometa crime, os Tribunais Superiores compreendem que essa indeterminação viola preceito constitucional que proíbe a pena perpétua.

Contudo, ao estipular a obrigatória liberação daquele que atingir o prazo máximo da medida de segurança, seja o prazo constitucional de trinta anos, seja a pena máxima prevista em abstrato pro delito cometido, possibilita-se a colocação da sociedade em perigo, sem apresentar quaisquer outras medidas capazes de garantir a segurança social.

É preciso, portanto, compreender a peculiaridade da aplicação da medida de segurança em se tratando de resposta penal. Ainda que seja elencada como espécie de pena, difere-se desta em diversos aspectos, de forma que as regras que regem a aplicação da pena privativa de liberdade não podem ser aplicadas às medidas de segurança sem antes ser feita uma profunda reflexão acerca dos objetivos específicos da medida de segurança.

Para exemplificar o real problema trabalhado na presente pesquisa, analisou-se o caso de Marcelo Costa de Andrade, que já se encontra internado há vinte e seis anos, mas não apresenta melhora significativa, capaz de autorizar sua desinternação. Além dele, há outros casos de sujeitos que não podem retornar ao convívio social pelo mero decurso do prazo, ou seja, sem que seja atestada sua melhora.

Por outro lado, independentemente do tempo de duração das medidas de segurança, é fundamental que sejam respeitados os direitos desses apenados como sujeito de direitos, ou seja, é importante que sejam garantidas condições mínimas na instalação desses hospitais psiquiátricos a fim de que a melhora desses sujeitos tutelados pelo Estado seja uma perspectiva possível de ser alcançada.

Percebe-se, portanto, que é dever estatal tratar os doentes mentais sujeitos à internação com dignidade, bem como garantir a ordem e a paz social, sendo necessário que o tratamento dispensado a eles seja capaz de admitir seu retorno ao convívio social sem que isso signifique colocar a sociedade e ele próprio em risco.

Logo, além de ser necessária uma importante revisão quanto ao tratamento dispensado aos doentes mentais que cometem ilícitos penais, buscando, verdadeiramente, possibilitar sua reinserção em sociedade sem que apresentem alto risco social, deve-se permitir o alargamento do tempo de internação de alguns indivíduos portadores de doenças mentais mais graves e que demandam maior tempo de tratamento.

Este trabalho pretende sustentar, portanto, que a melhor forma de controlar o doente mental inimputável e garantir a segurança pública é manter a medida de segurança até que haja a efetiva cura, conforme os exatos termos da lei penal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar. *Legislador trata com discriminação o deficiente mental*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-27/cezar-bitencourt-legislador-trata-discriminacao-deficiente-mental>> Acesso em: 08 out. 2019.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 out. 2019.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Institui a execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 08 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.219*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800654/habeas-corpus-hc-84219-sp-stf>> Acesso em: 08 out. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 out. 2019.

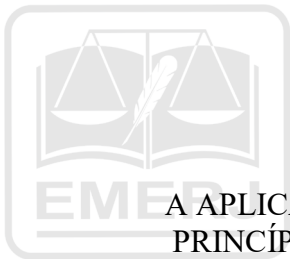
_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 527*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 08 out. 2019.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. 7. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 11. ed. rev. atual. eamp. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VELOSO, Amanda Montalvão. *Quem foi Nise da Silveira, a mulher que revolucionou o tratamento da loucura no Brasil*. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2016/04/19/quem-foi-nise-da-silveira-a-mulher-que-revolucionou-o-tratament_a_21701186/> Acesso em: 31 out.2019.



A APLICAÇÃO DO IRDR COMO MEIO DE ALCANÇAR A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Luiz Gustavo Figueiredo Nascimento

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo – no Brasil, sob a influência europeia, o direito foi cunhado sob o ponto de vista patrimonial, como forma de atender aos anseios de uma determinada classe social. Com o passar do tempo, e sob autoridade do jurista italiano Mauro Cappelletti, iniciou-se um movimento que se denominou de “ondas de acesso à justiça”. Esse movimento, aliado às mudanças sociais, produziu um aumento significativo de demandas propostas perante o Poder Judiciário, acarretando o seu inchaço e prejuízo ao princípio constitucional da razoável duração do processo. Ao longo do século XX e início do Século XXI observa-se no Direito Processual Civil Brasileiro uma série de alterações legislativas com o objetivo de conferir efetividade à prestação jurisdicional. Essas mudanças culminam com a criação do IRDR, trazida pelo atual Código de Processo Civil e tem por objetivo permitir a observância do princípio da Razoável Duração do Processo.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. IRDR. Efetividade. Princípio da Razoável Duração do Processo.

Sumário – Introdução. 1. Evolução do acesso à justiça ao longo do século XX e início do Século XXI e o princípio da Razoável Duração do Processo. 2. As ondas de acesso à justiça como fator da inobservância da razoável duração do processo. 3. IRDR e o princípio da Tempestividade da Tutela Jurisdicional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a problemática do aumento do número de processos distribuídos perante os tribunais de todo país como consequência das ondas renovadoras de acesso à justiça e que acarretam morosidade na prestação jurisdicional. Um dos objetivos do presente estudo é analisar a aplicação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR como forma de conferir efetividade ao Princípio da Razoável Duração do Processo.

Na evolução histórica do direito brasileiro o tema acesso à justiça ganhou maior relevância na metade do século passado, a partir de estudos realizados pelo jurista italiano Mauro Cappelletti. São marcos dessa influência a Lei nº 1.060/50, que introduziu no ordenamento jurídico a assistência judiciária gratuita, bem como o artigo 5º, incisos XXXV da CRFB, que a ascendeu ao status de garantia constitucional e LXXIV, que traz a previsão da assistência jurídica integral aos hipossuficientes.

Posteriormente a ênfase sobre acesso à justiça recai sobre o obstáculo organizacional do acesso à justiça diante das demandas que envolvem relações jurídica contendo um número elevado de cidadãos, ganhando relevo as ações coletivas. A legislação expoente é o Código de

Proteção e Defesa do Consumidor. Na terceira onda de acesso o escopo passa a ser a instituição de técnicas processuais mais adequadas e capazes de absorver a demanda, como os Juizados Especiais, tanto na esfera estadual como federal.

O acesso à justiça ganha novos rumos, passando a ser analisado sob o prisma da celeridade e razoável duração do processo diante do número elevado de demandas sem solução. Surge a seguinte indagação: até que ponto o Poder Judiciário conseguiu absorver essa “explosão de demandas?”. A preocupação da legislação passa a ser a efetividade da prestação judicial, como instrumento capaz de concretizar o princípio da Razoável Duração do Processo. Novos mecanismos processuais foram criados com essa preocupação.

Sob essa ótica o novo Código de Processo Civil trouxe o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. O instituto permite que demandas de massa em que se discutam unicamente questão de direito sobre a mesma matéria possam ser decididas a partir da formação do incidente, desde que preencham os requisitos legais previstos no CPC.

No primeiro capítulo inicia-se o estudo colacionando a influência dos estudos do jurista Mauro Cappelletti acerca do acesso à justiça e as alterações legislativas operadas no Direito brasileiro, que acarretaram com o aumento das demandas judiciais – o fenômeno das demandas repetitivas - e culminaram com a necessidade de revisão do sistema processual com foco na efetividade processual.

Em seguida, serão abordadas, de forma mais detalhada, as alterações legislativas operadas no sistema processual brasileiro e a sua eficácia em relação à redução de processos provocada pela explosão de demandas perante o Poder Judiciário,

Por fim, presente estudo visa debater se este novo instituto pode solucionar a questão relacionada à dicotomia existente entre o acesso à justiça e a celeridade processual, ensejando a efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo, solucionando a questão das demandas repetitivas que amontoam os Fóruns de todo País.

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. A EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA AO LONGO DO SÉCULO XX E INÍCIO DO SÉCULO XXI E O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

No decorrer da história, a partir do momento em que o homem percebe a necessidade de viver em uma relação de interdependência com o próximo passa a viver em sociedade, gerando o nascimento dos conflitos intersubjetivos que, de início, eram solucionados pelos envolvidos no que hoje se denomina de autotutela. O mais forte impunha sua decisão ao outro.

Após o transcurso de longo período histórico o Estado chama para si a responsabilidade pela solução desses conflitos em verdadeira atividade monopolizada, com o objetivo de estabelecer a paz social, no exercício de verdadeira atividade jurisdicional¹.

Segundo a Teoria Clássica, neste desenvolvimento, a atividade processual ganha relevo, pois é vista como forma de traduzir a existência de um direito material de sorte que o processo era um instrumento a serviço do direito material. Essa primeira fase do direito processual, metodológica, com apego às formalidades começa a ceder espaço à uma cultura instrumentalista que visa a busca da justiça e do socialmente útil por meio do processo.²

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco³:

Passamos a falar em um processo civil de resultados, com consciência da destinação de toda ordem jurídica a certos escopos não apenas jurídicos como antes se sustentava (a justa composição da lide ou a atuação da vontade concreta do direito), mas também políticos e sobretudo sociais.

Sob a influência de Mauro Cappelletti, que se iniciou a reestruturação, ainda em curso, do Processo Civil brasileiro. De início, a preocupação era a prestação de serviços jurídicos aos mais carentes, pois a realidade vivenciada revelava que quanto mais desenvolvido o ordenamento jurídico, maior necessidade da presença de um advogado. As concepções de processo limitavam-se a reconhecer o acesso à justiça com a garantia do direito de ação, mesmo que limitada ao plano formal⁴.

¹ “Jurisdição é a função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado, através do processo, aplicando a solução juridicamente correta” - CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 33

² DINAMARCO, Cândido Rangel. Homenagem a Ada Pellegrini Grinover. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, out 2009, v. 34, n. 176, p. 277.

³ *Ibid.*, p. 279

⁴ GOMES NETO, José Mário Wanderley, *Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti: Análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005, p. 62

Mauro Cappelletti, em crítica, afirmava que as portas dos Tribunais estavam fechadas e trancadas para os pobres.⁵ Observa-se, nesse diapasão, o primeiro obstáculo à efetivação do acesso à justiça. Não raro, a condição socioeconômica é fator de renúncia à defesa de direitos em razão do alto custo de processo. O desconhecimento das consequências jurídicas das relações interpessoais também é fator de afastamento do cidadão menos favorecido dos Tribunais.

Essa questão compôs a realidade das construções legislativas no Brasil, visto que representa verdadeiro obstáculo do acesso à justiça⁶. Seja pela exigência legal de representação por advogado em juízo, seja pela miserabilidade da população sem acesso aos direitos fundamentais, o acesso à justiça, no Brasil, demonstrava verdadeira exclusão social.

Sob a ótica das manifestações oficiais de assistência jurídica, é possível destacar a Constituição da República Federativa do Brasil – artigo 5º, inciso LXXVIII - que incluiu no rol dos direitos e garantias fundamentais a norma da assistência jurídica integral e gratuita, contendo o auxílio judicial e extrajudicial.⁷

Nesse primeiro momento a sistemática processual debruçou-se sobre os óbices econômicos de acesso ao Poder Judiciário que anteparavam os mais carentes na busca da solução de seus conflitos⁸. Antes mesmo da elevação à status constitucional, a Lei nº 1.060/1950, disciplinou a assistência judiciária aos mais necessitados que, para José Mario Wanderley Gomes Neto, “[cujo] conteúdo engloba em si feições do primitivo sistema do *munushonorificum*, associadas a características diretas do sistema *judicare*”.⁹

Uma contribuição diferente para o acesso à justiça foi o sistema de assistência jurídica, consoante o artigo 134 da CRFB/88, prevendo a atuação da Defensoria Pública, como instituição essencial à função jurisdicional. Verifica-se, contudo, o predomínio de questões família, crime e lides patrimoniais levadas à Defensoria Pública.

Contudo, as inovações legislativas atendiam basicamente os interesses referentes às demandas individuais, sendo necessário romper barreiras.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:¹⁰

A segunda onda renovatória o direito brasileiro manifestou adesão também já a partir da década de 80, mediante a edição da Lei de Ação Civil Pública.(...) A onda de coletivização de tutela jurisdicional foi adiante quando sobreveio o Código de

⁵ Ibid., p. 63

⁶ Ibid., p. 73

⁷ Ibid., p.75

⁸ HERTEL, Daniel Roberto. Aspectos Processuais da Emenda Constitucional n. 45. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 169.

⁹ GOMES NETO, op. cit., p. 76-77

¹⁰ DINAMARCO, op. cit., p. 279



Defesa do Consumidor e, em sua esteira, outros diplomas também voltados à tutela coletiva, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (LGL\1990\37) e dos portadores de Deficiência Física.

A primeira onda de acesso à justiça culminou com uma revisão do conceito de direito de ação, com avanços ao reconhecimento material do instituto. Apesar disso, percebeu-se que as demandas levadas ao Poder Judiciário, em sua maioria referiam-se a demandas individuais. Ainda restava, portanto, a consolidação do reconhecimento dos direitos sociais e difusos.

A característica individualista do processo civil impedia, em especial a legitimidade, citação e coisa julgada, se mostravam como obstáculo para promoção dos direitos coletivos. Desencadeou-se daí o surgimento das precedentes jurisprudências. Além disso, verifica-se uma transformação da atuação do magistrado que antes evitava o ingresso no denominado mérito administrativo.

No bojo destas alterações ocorre uma remodelação de alguns institutos processuais, com o objetivo de atender essas novas demandas a exemplo da legitimidade *ad causam*, cujo conteúdo foi aumentado, a fim de permitir a proteção de interesses difusos e coletivos, mediante releitura do instituto da substituição processual,¹¹ Nesse ponto percebeu-se que a visão do acesso à justiça transcende a questão individual e particular do cidadão para uma visão de realização dos interesses de um grupo. O instituto da coisa julgada, por seu turno, é redinamizado para se admitir a coisa julgada *erga omnes*. Cede-se espaço, portanto, para o reconhecimento de direitos de toda uma coletividade.

As duas primeiras ondas de acesso à justiça superaram os obstáculos econômico e aqueles referentes à tutela dos direitos transindividuais. Contudo, limitam-se a representação judicial de interesses antes não representados, individuais ou coletivos, realizados com a melhor provocação do Judiciário a prestar jurisdição e acarretando o aumento das demandas. Destarte, nesse terceiro momento deve-se voltar os olhos para o grau de satisfação do usuário da atividade jurisdicional.

A terceira onda de acesso à justiça “centra a sua atuação no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir os litígios.” O que Cappelletti denominou de “enfoque do acesso à justiça”.¹²

As reformas anteriores não conseguiram superar a realidade dos menos favorecidos em conseguirem efetivar os direitos oriundos do Estado de Direito, diante do inchaço da máquina judiciária. Era preciso reavaliar a capacidade do sistema em suportar as demandas

¹¹ GOMES NETO, op. cit., p. 76-77

¹² Ibid., p. 92

postas, que recai sobre a própria estrutura do Poder Judiciário, mas também sobre o sistema processual como um todo.

Conforme destaca Cândido Rangel Dinamarco “é a onda da remodelação interna do processo civil em sua dinâmica operacional.”¹³ Os obstáculos processuais são vistos como a insuficiência do tradicional processo litigioso em juízo, o que impede a efetivação dos direitos. Para Mauro Cappelletti¹⁴:

Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tarda ou alguma injustiça de qualquer ordem. Augura-se a caminhada para um sistema em que reduzam ao mínimo inevitável os resíduos de conflitos não jurisdicionados (*a universalização da tutela jurisdicional*) e em que o processo seja capaz de outorgar a quem tem razão toda tutela jurisdicional a que tem direito.

Mediação e maior relevância à arbitragem são utilizados para conter o aumento das demandas. A terceira onda, assim, nos chega com reformas visando questões pontuais e relativas à formalidade desnecessária que se revelavam causadoras do retardo na prestação jurisdicional.

Essa terceira onda, que integra as demais e convivem em um somatório de esforços para a busca da efetividade do processo, o que pressupõe uma prestação jurisdicional em tempo razoável, é responsável por uma transformação, desde a década de 90, em que se verifica um aperfeiçoamento pontual dos institutos, a exemplo da tutela jurisdicional antecipada, execução específica de fazer e regras sobre a interposição do Agravo de Instrumento.

Mais adiante, já no curso do novo século, vivenciam-se as leis renovadoras do CPC e desaguou na Lei do Cumprimento de Sentença, pela qual se implementou o processo sincrético, abandonando o antigo binômio – processo de conhecimento e processo de execução.¹⁵ As mudanças também se fizeram notar no âmbito constitucional. A Emenda Constitucional nº 45/2004, incluiu no artigo 5º o inciso LXXVIII que traz a razoável duração do processo.¹⁶

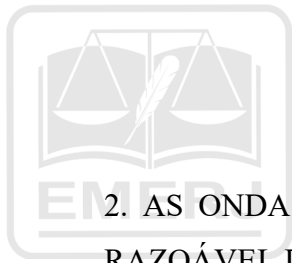
Serão sobre essas bases modificadoras do processo civil que será desenvolvido o capítulo seguinte desse trabalho, buscando identificar de maneira pontual essas alterações legislativas e relacioná-las com o objetivo do legislador e do aplicador do direito em ver efetivado o acesso à justiça e a razoável duração do processo.

¹³ DINAMARCO, op. cit., p. 281.

¹⁴ GOMES NETO, op. cit., p. 94.

¹⁵ DINAMARCO, op. cit., p. 281.

¹⁶ HERTEL, op. cit. 171.



2. AS ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA COMO FATOR DA INOBSERVÂNCIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

As ondas renovadoras de acesso à justiça, representam mudanças e abertura da ordem jurídica aos pobres, além da preocupação com os direitos e interesses coletivos e pela racionalização do processo - participatividade e desburocratização. A preocupação recai sobre o jurisdicionado e sobre os resultados, em detrimento de conceitos ou filigranas.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “o legislador, assim como a doutrina vanguardista, passa por três premissas fundamentais, quais sejam, a abertura do processo aos influxos jurídicos pela via do direito material, a transmigração do individual para o coletivo e a operacionalização ou desburocratização do direito”.¹⁷

Mas essas alterações de pensamento, no Brasil, ocorreram sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, revelando uma ordem jurídico-processual que não transparecia a reforma científica operada na ciência processual, em especial aquele presente na produção de estudiosos italianos e alemães da segunda metade do século XIX e início do século XX. Apesar de com pontos de aperfeiçoamento do sistema não se alinhou perfeitamente à essas transformações contemporâneas do Processo Civil.

O Código de Processo Civil de 1973, em que pese a intenção de constituir um novo estatuto, ainda refletia o pensamento jurídico-processual tradicional, não representando significativas mudanças nesse plano, permanecendo suas categorias fundamentais ao modelo do estatuto de 1939, seja no processo de conhecimento, executivo e cautelar, mantendo uma característica individualista. Se revelava necessária, portanto, a correção e o aperfeiçoamento de institutos, adequando-os aos conhecimentos do direito processual que já compunham a cultura brasileira.

Mas apesar de não alterar substancialmente o modelo processual, se mostrou uma obra alinhada ao seu tempo, já que o legislador brasileiro à época não se inspirou pelas premissas de interesse no jurisdicionado ou pela universalização da tutela jurisdicional e o efetivo acesso à ordem jurídica justa.¹⁸ Introduziu mudanças importantes no ordenamento jurídico brasileiro. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco¹⁹:

Nem se pode subtrair ao Código de 1973 o mérito de haver adotado institutos novos (como o julgamento antecipado do mérito, o chamamento ao processo, o recurso adesivo, a equiparação da eficácia dos títulos executivos extrajudiciais à dos

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 20

¹⁸ *Ibidem*. p. 23

¹⁹ *Ibidem*. p. 23

judiciais, o zelo pela lealdade processual, representado pela disciplina da litigância de má-fé e o *contempt f court*etc), ou dado roupagem moderna a outros já presentes na ordem processual brasileira (como o vetusto despacho saneador, a denúncia da lide etc.).

Após a edição do Código de Processo Civil ainda no período de sua *vacatio legis* o código sofreu alterações em diversos dispositivos. Além disso, vieram a lume diversas leis esparsas com adaptação das matérias processuais constantes da legislação já vigente ao novo código. A doutrina nomeia de reforma processual o movimento iniciado na década de 1990 e que perdura até os dias atuais.

Nessa primeira etapa, foram aprovadas diversas leis que alteraram profundamente o CPC. Das mais significativas dessas mudanças apontadas pela doutrina destacam-se a que instituiu a tutela jurisdicional antecipada, modificou o meio de execução das sentenças relativas às obrigações de fazer ou de não fazer. Destacou-se, ainda a nova sistemática para o recurso de Agravo de Instrumento.

Essas mudanças trouxeram mais agilidade na prestação jurisdicional, visando combater o número elevado de demandas. Sobre uma dessas alterações Cândido Rangel Dinamarco sublinha que “o agravo de instrumento vinha sendo o calcanhar de Aquiles do sistema recursal contra atos do juiz de primeiro grau, com enorme sobrecarga aos tribunais e prejuízos à celeridade no julgamento dos demais recursos”²⁰.

No que tange à antecipação de tutela as alterações positivas residem na autorização ao magistrado para antecipação em relação a parte do pedido, desde que embasados por fatos incontroversos, a fungibilidade entre cautelares e antecipação de tutela, além da aplicação da regra das execuções de fazer e não fazer, também para efetivação dos efeitos das medidas antecipatórias. Esta última contribui significativamente com a celeridade processual. Conforme leciona Sérgio Bermudes²¹:

Trata-se de inovação salutar, que haverá de ser recebida com ânimo favorável porque torna possível a rápida prevenção ou composição da lide, sem sujeitar a prestação jurisdicional àsprejudiciais delongas impostas pela natureza doprocesso epelas notórias deficiências da administração da justiça.

A segunda etapa da reforma do Direito Processual Civil, que também tinha como um de seus objetivos a efetividade da prestação jurisdicional, como combate ao abarrotamento do Poder Judiciário, foi composta por diversas leis, destacando-se a Lei nº 10.352/2001, e a Lei nº 10.444/2002. Ainda é possível destacar dentro dela as Leis nº 11.232/2005 e nº 11.382/2006, que produziram modificações na forma de condução do processo a permitir

²⁰ DINAMARCO, op. cit., p. 18

²¹ BERMURDES, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 27-28.



maior celeridade, importante para a quantidade de demandas que se amontoavam no Poder Judiciário.

Destaca-se como forma de aprimoramento do sistema processual visando a efetividade do processo a alteração trazida pela lei nº 10.352/2001. Cuida-se da possibilidade de aplicação do que se convencionou chamar de “Teoria da Causa Madura”. Conforme destaca Cândido Rangel Dinamarco²²:

Outra boa novidade é a permissão de julgar o mérito da causa, desde que o processo esteja em condições para tanto, quando o tribunal reformar uma sentença terminativa (artigo 515, § 3º, red. Lei n. 10.352, de 26.12.2001). (...) Suprime-se um grau jurisdicional, mas isso não causa danos às partes e concorre para a celeridade na oferta da tutela jurisdicional – e não há ofensa alguma à Constituição, porque o duplo grau de jurisdição figura nesta como um princípio, mas não uma garantia a ser preservada a todo custo.

Outra legislação de destaque desta etapa da reforma processual é a Lei nº 11.232/2006 que, nas palavras do professor Alexandre de Freitas Câmara, “provocou uma verdadeira revolução no sistema processual brasileiro. Digo isto porque tal lei rompeu, definitivamente, com o binômio processo de conhecimento.”²³Essa legislação, como destacado pelo ilustre jurista, implementou o sincretismo processual, conferindo maior celeridade ao trâmite da causa, transformando a execução em uma fase processual.

Assim, em uma análise histórica percebe-se que as ondas de acesso à justiça demonstraram a incapacidade de absorção, pelo Poder Judiciário, das novas demandas postas em juízo, tendo como consequência o comprometimento desse acesso, agora visto pelo prisma da efetiva prestação jurisdicional e traduzido na celeridade processual. As alterações legislativas traziam mecanismos que visavam permitir a efetividade do processo e, em última, análise alcançar a justiça, aí englobada a solução do conflito em tempo adequado, já que as mudanças anteriores não alcançaram esse objetivo.

Desde então já é possível registrar a necessidade de uma reforma mais profunda, um novo Código. Sobre o impacto da primeira reforma e dos ainda projetos de Lei da segunda reforma se manifestou Alexandre de Freitas Câmara²⁴:

Penso que existe mesmo a vontade de se modificar o sistema processual brasileiro de modo a torna-lo capaz de atender à proposta de que se tenha um processo capaz de produzir resultados justos no menor espaço de tempo possível, então é chegada a hora de olhar novamente para a advertência de Giuseppe Chiovenda, apresentada como epígrafe da exposição de motivos do vigente Código de Processo Civil: ‘Convém decidir-se por uma reforma fundamental ou renunciar à esperança de um sério progresso.

²² DINAMARCO, op. cit., p. 19

²³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *A Nova Execução de Sentença*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7

²⁴ Idem. A reforma da Justiça e o Processo Civil: processo de conhecimento. *Revista magister de direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Magister, v. 7, jul./ago. 2005. p 11.

Todas essas alterações, apesar de trazerem maior celeridade para o processo, com o objetivo de alcançar uma prestação jurisdicional célere e efetiva, não se mostraram suficientes. A evolução culmina com o surgimento, em número cada vez maior, de novas relações e muitas delas envolvendo um número elevado de partes – tutelas coletivas.

Muitas dessas relações, por assim dizer, discutem-se os interesses individuais homogêneos, assim entendidos como aqueles decorrentes de origem comum. Porém, o processo coletivo que lhes vise garantir efetividade esbarra em entraves processuais, pois neles se profere sentença reconhecendo um dever jurídico do vencido, sendo necessária uma fase de liquidação na qual se conhecerão os credores. As falhas do processo coletivo são destacadas na obra de Sofia Temer, que leciona²⁵:

Com efeito, a doutrina aponta a existência de deficiências no sistema processual coletivo de defesa de direitos individuais homogêneos, como a restrição em relação a algumas matérias que poderiam ser objeto de tais ações, como as de natureza tributária; a restrição da legitimação ativa da pessoa natural, a falta de critérios para aferir e controlar concretamente a adequação da representatividade; a inadequada restrição da atuação de associações; o ineficiente sistema de comunicação da propositura da ação coletiva aos interessados; a condenação genérica e a necessidade de execução individual; o sistema de extensão dos efeitos da coisa julgada, a falta de cultura de associatividade e a tendência à propositura de processos individuais.

O aumento do número de processos judiciais, desde a década de 1990, fruto do somatório do desenvolvimento econômico e do acesso à justiça, não foram acompanhados pelo desenvolvimento da infraestrutura judicial. Nem a atuação do CNJ com a adoção de diversas medidas de gestão, foi suficiente para a conquista de uma resolução efetiva dos litígios. Novas legislações, inspiradas no sistema da *common law*, tentaram a padronização da prestação jurisdicional e superação dos gargalos processuais existentes.

Diante do engessamento do Supremo Tribunal Federal, foi criada a repercussão geral como requisito de admissibilidade. Também se introduziu no sistema processual o *recurso repetitivo*²⁶ com o objetivo de otimizar o funcionamento dos Tribunais Superiores.

O Ministro Luiz Felipe Salomão em entrevista com José Roberto de Albuquerque Sampaio, destacou que: “diferentemente dos resultados da repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que foram bem expressivos, o recurso repetitivo não logrou desafogar o STJ de sua desumana carga de trabalho”²⁷.

²⁵ TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3 ed., ver., ampl. e atual.: Salvador: Jus Podium, 2018. p. 35.

²⁶ O Recurso Repetitivo foi criado no direito brasileiro, pela lei nº 11.672 de 8 de maio de 2008, inicialmente, focado no recurso especial e, posteriormente, estendido à sistemática aos recursos extraordinários.

²⁷ SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. *Conversa Sobre Processo: O Recurso Repetitivo: Uma Solução ou Mero Paliativo*. Disponível em <https://docs.wixstatic.com/ugd/a2b676_60b66d7513cc4dd5b9ebe45dbbc9e6>.



O Código de Processo Civil trouxe o Incidente de Demandas Repetitivas, um instituto sem correspondência na legislação anterior. Teria surgido a solução para atingimento da razoável duração do processo e sua efetividade?

3. O IRDR E O PRINCÍPIO DA TEMPESTIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Os primeiros capítulos demonstram o aumento de demandas perante o Poder Judiciário como consequências das mudanças operadas pelas ondas renovadoras de acesso à justiça. Com a gratuidade de justiça e as demandas de tutela coletiva, permitiu-se ao cesso dos mais necessitados ao Poder Judiciário.

Em um terceiro momento, mas ainda sob a ótica de acesso à justiça, a preocupação passou a ser o jurisdicionado, passando-se perquirir uma justiça efetiva, de forma que a máquina judiciária passasse a ser capaz de absorver a quantidade de demandas, evitando colocar em risco a própria efetividade do direito declarado.

A situação ganha relevo em razão das aglomerações populacionais em grandes centros urbanos, aliado às formas de relacionamento, que leva à padronização desta forma de se relacionar, permitindo que fosse alcançando um número cada vez maior de pessoas que se veem ligadas por um mesmo fato em comum.

Essa situação põe em xeque a visão individualista sob a qual foi cunhado o processo Civil moderno, que visava a solução de conflitos individuais, travado sob uma ótica subjetiva e bilateral, uma vez que suas regras eram, quase sempre, voltadas para esse litígio de cunho individualista. Esse modelo não se revelou adequado à nova realidade brasileira. Essa situação é bem delineada por Sofia Temer ao destacar que²⁸:

O processo Civil tradicional, de base individualista, cujo núcleo central é a lide, não se demonstrou adequado para tutelar tais situações. Do mesmo modo, o processo coletivo, embora constitua inegável avanço na tutela de direitos com dimensão coletiva, demonstrou-se por vezes descabido, e por outras ineficaz para contingenciar todas as manifestações dessa litigância repetitiva.

As relações travadas, portanto, denotam uma verdadeira sociedade de massa que, conforme Alexandre de Freitas Câmara, “tem entre suas características principais a despersonalização do indivíduo, forçado pela própria sociedade a ser igual a todos os demais. É o fenômeno da indiferenciação dos indivíduos”.²⁹

pdf>Acesso em: 08 set. 2019.

²⁸ TEMER, op. cit., p. 27

²⁹ CÂMARA, op. cit., 2018. p. 482.

Ganha relevo no direito brasileiro essa característica das relações travada no seio da sociedade, apresentando-se diferentes tipos de conflitos delas oriundos. Como registra Sofia Temer³⁰:

Paralelamente, e também em decorrência do expressivo e crescente número de processos judiciais, observa-se a proliferação das mesmas questões jurídicas pontuais em demandas com causas de pedir e pedidos distintos, caracterizando zonas de homogeneidade nos litígios heterogêneos, individuais e coletivos. Em decorrência desses movimentos, convivem hoje: a) conflitos de natureza estritamente individual, particularizados por características únicas; b) conflitos heterogêneos de natureza coletiva; c) conflitos homogêneos, individuais e coletivos, com causa de pedir e pedidos similares; e ainda, d) conflitos heterogêneos, individuais e coletivos, que possuem questões comuns.

Assim, existe uma estreita relação entre os direitos individuais homogêneos e o fenômeno das demandas repetitivas, pois “quando se trata de interesses individuais homogêneos, há, além do núcleo de homogeneidade que os une, uma margem de heterogeneidade que os afasta³¹”.

É possível destacar uma incapacidade da tutela coletiva, no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos em satisfazer de maneira eficaz o elevado número de demandas individuais com relações idênticas que tramitam em face de um mesmo réu cujo objeto é comum, já que os credores são diversos e pleiteiam objetos distintos em sua quantidade. Como bem destaca Alexandre Câmara³²:

Há, porém, inevitavelmente uma margem de heterogeneidade: o *cuidebeatur* (o credor que varia de uma relação obrigacional para outra) e o *quantum debeatur* (a quantidade devida ao credor pelo devedor, já que cada titular de interesse individual faz jus a receber um valor que lhe é pessoalmente devido, e não se confunde com os valores devidos a outros credores).

Essas demandas, que discutem direitos individual homogêneo, revelam uma realidade que urge por soluções urgentes, em especial pelo fato de os mecanismos já existentes no microsistema de demandas de massa se mostrarem insuficiente.

Ademais, o aumento populacional somado à ampliação do acesso à informação e ao crescimento e padronização das relações jurídicas tornou exponencial e uniforme o crescimento dos litígios.

Neste sentido, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) estabeleceu um microsistema visando à resolução de casos repetitivos por meio de técnicas de julgamento do incidente de demandas repetitivas, fazendo surgir mais uma ferramenta para lidar com as demandas de massa.

³⁰ TEMER, op. cit., p. 32.

³¹ CÂMARA, op. cit., 2018. p. 483.

³² Ibid.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas “é um mecanismo de solução coletiva de conflitos, delineado na tentativa de trazer a racionalização, isonomia, segurança jurídica e eficiência diante dos conflitos de massa, especialmente nos litígios envolvendo direitos individuais homogêneos.”³³

Cabe registrar que sobre esse instituto paira discussão, fruto do seu recente surgimento no ordenamento jurídico, acerca da sua natureza jurídica. Para alguns doutrinadores o incidente caracteriza-se por ser uma unidade cognitiva e decisória, na medida em que resolve a questão de direito e, também, resolve o conflito central.

Em sentido diametralmente oposto há quem defenda que no incidente apenas se fixa uma tese sobre a questão de direito, sem análise do conflito subjetivo. Sustentam a existência de cisão cognitiva, com fixação de tese em abstrato. Além disso, para uma terceira corrente o IRDR, acumulando características das naturezas expostas anteriormente.

Para Sofia Temer deve prevalecer o entendimento de que o incidente de resolução de demandas repetitivas fixa tese jurídica, pois segundo a autora³⁴:

Essa posição decorre, principalmente, dos seguintes fundamentos: a) no IRDR apenas há a resolução de questões de direito, o que limita a cognição e impede o julgamento da ‘demanda’; b) a desistência do que seria a ‘causa piloto’ não impede o prosseguimento do incidente, que tramita independentemente de um conflito subjetivo subjacente, corroborando seu caráter objetivo; c) a natureza objetiva parece ser mais adequada, em termos da sistemática processual, para que seja possível aplicar a tese às demandas fundadas na mesma questão, além de viabilizar a construção de outras categorias que permitam justificar a ampliação do debate e da participação dos sujeitos processuais.

O primeiro enfoque é a preocupação com a isonomia, já que as questões judiciais passaram a compreender numerosas relações plurilaterais impondo a solução que não coloque o referido princípio sob ameaça, a fim de evitar soluções distintas para casos iguais.

Impende notar que diante desta característica não se pode dizer que o IRDR sirva para reunião de ações já propostas ou que venham a ser propostas, haja vista que seu objetivo é fixar a tese de direito a ser aplicada nos demais processos que contenham a mesma questão de direito, mas que sujeitar-se-ão a sentenças caso a caso. Outro dos objetivos do incidente, na lição de Humberto Theodoro Júnior, é³⁵:

³³ SILVA, Acioli Viana et al; coordenação Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Larissa Clare Pochmann da Silva, Marcelo Pereira de Almeida. *Novo código de processo civil comparado e anotado*: lei nº 13.105, de 16/03/2015, atualizada de acordo com a lei nº 13.256, de 02/04/2016, e com a lei nº 13.363, de 25/11/2016: lei nº 5.869, de 11/01/1973, e legislação especial. 4 ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017. p. 601-602.

³⁴ TEMER, op. cit., p. 67

³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; DE OLIVEIRA, Fernando Alvim Robeiro; REZENDE Ester Camila Gomes Norarto. *Primeiras Lições Sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015 p. 739.

abreviar e simplificar a prestação jurisdicional, cumprindo os desígnios de duração razoável dos processos e de observância dos princípios de economia e efetividade da prestação jurisdicional, já que, uma vez resolvida pelo tribunal a questão de direito presente em todos os múltiplos processos individuais, a solução destes se simplifica, podendo rapidamente ser definida.

Corroborando essa premissa de observância da efetividade da prestação jurisdicional se observa do texto do artigo 980, do CPC. Fica claro com esse regramento que: “um dos escopos do novo instituto é conferir tutela jurisdicional célere aos milhares de casos seriados que assoberbam o Poder Judiciário de modo consentâneo com a garantia da duração razoável do processo, explícita no artigo 5º, LXXVIII, da CRFB/88 e, agora do artigo 4º do Código”³⁶

Percebe-se, portanto, o potencial do IRDR para conferir efetividade ao princípio da razoável duração do processo, sob dois enfoques, segundo Sofia Temer³⁷:

De um lado, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem potencial de reduzir o tempo de tramitação dos processos em que há a questão comum, pela adoção da tese fixada, limitando-se a rediscussão do tema, que muitas vezes ocorre no seio de recursos protelatórios.

Devem ser destacadas outras características do incidente de resolução de demandas repetitivas. O artigo 985 do CPC deixa clarividente a força vinculante da questão de direito nele decidida seja nos casos já postos em juízo, inclusive ações coletivas, seja em casos futuros. A tese firmada é revestida de eficácia *erga omnes*.

Além disso, a Lei Processual Civil estabeleceu que, apesar da sua propositura perante os tribunais estaduais e regionais federais, é possível estender os efeitos da suspensão a todos os feitos em trâmite no país nos quais se discuta a mesma questão, o que reforça sua ligação umbilical princípio da razoável duração do processo (artigo 982, §§ 3º e 4º do CPC).

Assim, compondo o microsistema das demandas repetitivas, o IRDR “pode ser um instrumento muito importante para ressignificar a tutela da litigiosidade repetitiva no nosso sistema, tornando-a constitucionalmente adequada e efetiva”.³⁸

É importante destacar, porém, que “é preciso refletir se a sua completa assimilação com o processo coletivo é fator que impulsiona ou que impede a evolução de dogmática mais adequada e específica.”³⁹

³⁶ STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentário ao Código de Processo Civil*: de acordo com a Lei nº 13.363/2016 e com a EC nº 94/2016. 2 ed.. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017 p. 1.321.

³⁷ TEMER, op. cit., p. 40-41

³⁸ Ibid., p. 30

³⁹ Ibid., p. 37



Portanto, observa-se o grande potencial que o incidente de resolução de demandas repetitivas possui frente às novas demandas contemporâneas, o que permite ao operador do direito se munir de boas expectativas, mas que ainda requer paciência diante da prematura criação do instituto, cujo berço é o Novo Código de processo Civil.

CONCLUSÃO

No presente trabalho pode-se perceber que, as duas primeiras ondas de acesso à justiça, provocaram incremento significativo das demandas perante o Poder Judiciário. Em uma terceira etapa a preocupação, em razão desse aumento, passou a ser a necessidade de uma prestação jurisdicional célere e efetiva. Alterações legislativas introduzidas pelo movimento de reforma processual não se mostraram suficientes para resolver a questão.

Essa incapacidade se agrava com o surgimento de demandas que são fruto de uma forma moderna de relacionamento social e que geraram demandas de massa, que desse comportamento surgem os conflitos heterogêneos, individuais e coletivos, que possuem questões comuns.

Essa situação põe em xeque a visão individualista sob a qual foi cunhado o processo Civil moderno, que visava a solução de conflitos individuais, travado sob uma ótica subjetiva e bilateral, pois, para a solução célere desses conflitos se faz necessário a existência de um sistema capaz tratá-los de maneira uniforme. Assim, diante da ineficácia das alterações legislativas, inicia-se a criação de um microsistema para absorver essas demandas repetitivas, com o surgimento do instituto da repercussão geral.

Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 2015 introduziu no ordenamento jurídico o instituto do Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva, pretendendo conferir maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico, já que visa a uniformização de entendimento sobre determinada questão de direito que seja aventada no bojo das demandas de massa e repetitivas.

Ao contrário dos demais institutos já existentes, pode surgir ainda em primeiro grau de jurisdição e em âmbito regionalizado, desde que seja identificada questão jurídica que permeie as ações de massa, o que acarretará o desafogo das instâncias superiores. Além disso, o instituto trouxe mecanismos de expansão, uma vez que permite elevação do tema a todo território nacional, para que surta efeitos em todas as lides que contenha a mesma questão.

Nesse leme, como consequência da sua aplicação o que se espera é a efetividade da prestação jurisdicional, já que o efeito da decisão do incidente atinge todas as demandas já

distribuídas, bem como aquelas que serão ajuizadas, o que permitirá que o Poder Judiciário apresente uma resposta à causa posta em juízo em menor tempo.

Trata-se, portanto, de um instituto promissor e que possui qualidades que podem incrementar o sistema processual civil, apesar do seu pouco tempo de existência no ordenamento. O tempo dirá sobre a sua efetividade.

REFERÊNCIAS

BERMURDES, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. *Lei nº 1.060* de 5 de fevereiro de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm> Acesso em: 08 jun. 2020.

_____. *Lei nº 10.352* de 26 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10352.htm> Acesso em: 08 fev. 2020.

_____. *Lei nº 10.444* de 7 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10444.htm> Acesso em: 08 fev. 2020.

_____. *Lei nº 11.232* de 22 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm> Acesso em: 08 fev. 2020.

_____. *Lei nº 10.444* de 6 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11382.htm> Acesso em: 08 fev. 2020.

_____. *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: 12 mar. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. *A Nova Execução de Sentença*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. A reforma da Justiça e o Processo Civil: processo de conhecimento. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, v. 7, jul./ago. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. Homenagem a Ada Pellegrini Grinover. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, out 2009, v. 34, n. 176.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. *Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

HERTEL, Daniel Roberto. Aspectos Processuais da Emenda Constitucional n. 45. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 13.



SAMPAIO, José Roberto de Albuquerque. *Conversa Sobre Processo: O Recurso Repetitivo: Uma Solução ou Mero Paliativo*. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/a2b676_60b66d7513cc4dd5b9ebe45dbbc9e6.pdf> Acesso em: 18 jul. 2019.

SILVA, Acioli Viana et al. *Novo código de processo civil comparado e anotado: lei 13.105, de 16/03/2015, atualizada de acordo com a lei n. 13.256, de 02/04/2016, e com a lei 13.363, de 25/11/2016: lei 5.869, de 11/01/1973, e legislação especial*. 4 ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017.

STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentário ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei nº 13.363/2016 e com a EC nº 94/2016*. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3 ed., ver., ampl. e atual.: Salvador: Jus Podium, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; coordenação Humberto Theodoro Júnior, Fernanda Alvim Ribeiro Oliveira, Ester Camila Gomes Norato Rezende. *Primeiras Lições Sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DA INTANGIBILIDADE DO DIREITO ADQUIRIDO FACE ÀS LIMITAÇÕES DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR: TETO REMUNERATÓRIO A LUZ DO STF

Luiz Paulo Figueiredo de Araujo

Graduado pela Universidade Estácio de Sá - UNESA. Pós-graduado em Direito Público pela Academia Nacional de Juristas—ANAJ. Advogado.

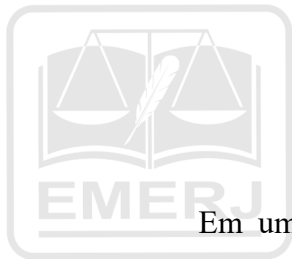
Resumo – O objetivo precípua deste trabalho consiste na análise da (in)tangibilidade do direito adquirido face às limitações do Poder Constituinte Derivado Reformador, ou seja, verificar se situações jurídicas consolidadas e tuteladas pelo manto do direito adquirido, podem ser revistas por uma emenda constitucional (lei em sentido formal). Neste sentido, surge uma forte divergência doutrinária em atenção a disposição literal do inciso XXXVI do artigo 5º da CRFB/88, que se refere a oponibilidade daquela característica do direito adquirido de forma adstrita à lei. De outra face, bons doutrinadores realizam uma interpretação lógico-gramatical, invocando o inciso IV do §4 do artigo 60º da CRFB/88, asseverando que o direito adquirido deve ser compreendido como uma garantia individual, sendo assim, uma cláusula pétrea. Busca-se ainda esmiuçar a decisão do STF acerca da constitucionalidade da EC nº. 41/03 que ressuscitou o artigo 17º do ADCT, viabilizando que uma norma constitucional derivada alcance situações jurídicas já perfectibilizadas pelo direito adquirido. Ainda, foi feito um cotejo das posições jurisprudenciais modernas acerca do instituto complexo do teto remuneratório. Conclui-se por uma interpretação lógico-gramatical da CRFB/88, asseverando a inconstitucionalidade material do artigo 9º da EC nº. 41/03, tendo em vista a violação a uma garantia individual, ao disposto no inciso XXXVI do artigo 5º da CRFB/88 e o espírito da constituição.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Administrativo. Norma princípio da segurança jurídica. Norma princípio da isonomia. Direito adquirido. Cláusula Pétrea. Teto remuneratório. Jurisprudência do STF.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias doutrinárias acerca da intangibilidade do direito adquirido face emenda constitucional—EC. 2. Manifestação do Poder Constituinte Derivado Reformador nas ECs. 19/98 e 41/03. 3. Jurisprudência do STF concernente ao teto remuneratório sob a óptica das inovações na ordem jurídica interna. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da intangibilidade do direito adquirido face às limitações materiais do Poder Constituinte Derivado Reformador, adstrito ao instituto do teto remuneratório. A Constituição Federal de 1988, caracterizada pela doutrina do direito constitucional como escrita, analítica, promulgada, eclética, dirigente e normativa, prevê um rol analítico de direitos e garantias fundamentais voltados aos brasileiros e estrangeiros.



Em uma percepção cirúrgica dos aludidos direitos, que integram modernamente a concepção de direitos humanos, frise-se a garantia fundamental constante no inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Constitucional de 1988, denominado direito adquirido. Sob a óptica histórica do dispositivo constitucional, revela-se que parte de sua inspiração restou calcada no Decreto-lei nº. 4.657/1942—LINDB, que a partir de 01 de agosto de 1957, resultou em uma modificação normativa, tratando expressamente da intangibilidade do direito adquirido face às inovações legislativas.

Tendo sido sumariamente apresentado o instituto do direito adquirido, faz-se necessário uma percepção interativa acerca de sua característica intangível, ser ou não oponível as manifestações do Poder Constituinte Derivado Reformador. Note-se a existência de densa divergência doutrinária e jurisprudencial, e inclusive, o próprio STF, ainda não se manifestou de modo translúcido sobre a matéria, apenas em análises casuísticas estabelecendo algumas premissas, como a inexistência de direito adquirido face à regime jurídico ou estatuto jurídico previdenciário.

Com o fito de rechaçar as discrepâncias remuneratórias no âmbito do serviço público, o constituinte originário instituiu o teto remuneratório, atendendo as normas princípios da legalidade, isonomia, segurança jurídica e proporcionalidade. Ressalta-se que a previsão originária do inciso XI do artigo 37º da Carta Constitucional de 1988, sofreu intensas modificações com o advento das EC nº.19/98 e 41/03, advindo esta, provocar um efeito reprivatário do artigo 17º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias—ADCT.

Neste sentido, o primeiro capítulo do presente artigo jurídico pretende de forma esclarecedora, conceituar o instituto do direito adquirido e adentrar as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da (in)tangibilidade do direito adquirido face às limitações do Poder Constituinte Derivado Reformador.

Em seguida, no segundo capítulo, realizar-se-á uma análise dos efeitos jurídicos oriundos das EC nº. 19/98 e 41/03, no âmbito do teto remuneratório, associando-se ao prisma do direito fundamental constante no inciso XXXI do artigo 5º da Carta Constitucional de 1988.

Já no terceiro capítulo, pretende-se exercitar um cotejo dos entendimentos contemporâneos dos tribunais de superposição voltado ao teto remuneratório constitucional, bem como verificar as situações jurídicas casuísticas aptas a exorbitação do instituto.

Desta forma, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, com o manejo das obras bibliográficas pertinentes ao tema delimitado, analisadas

e fichadas na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), com o fito de sustentação da tese.

1. DO CONCEITO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DO DIREITO ADQUIRIDO E A LIMITAÇÃO MATERIAL DO INSTITUTO PELA CARACTERÍSTICA DA (IN)TANGIBILIDADE

O instituto jurídico do direito adquirido tem os seus contornos constitucionais definidos no inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Constitucional de 1988¹, bem como repousa sua matriz infraconstitucional no artigo 6º do Decreto-lei nº. 4.657/1942—LINDB². Tendo em vista a nítida indeterminabilidade do campo de incidência do instituto, considerado como uma garantia constitucional de 1ª geração (norma protetiva), na classificação de Norberto Bobbio³, buscar-se-á desenvolver um conceito basilar.

Considera-se o direito adquirido como instituto constitucional de transcendência histórica, marcado pela possibilidade de exercício imediato pelo seu titular, que incorpora o patrimônio jurídico deste, constituído para fins de estabilização das relações e respectiva promoção da segurança jurídica. É mecanismo indissociável do Estado Democrático de Direito e primoroso aliado dos titulares de direitos e garantias fundamentais. Em razão da alta carga de subjetividade inserta no instituto, a doutrina assevera que o direito adquirido é um gênero, no qual o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são espécies.

Frise-se que inevitavelmente o instituto é observado em razão de sua característica intangível expressa no bojo da Constituição Federal de 1988, passando inclusive a integrar sua própria definição. No exercício de uma exegese literal do dispositivo constitucional, se percebe que somente pode ser considerado direito adquirido aquilo que é incorporado ao patrimônio jurídico do titular do direito, atendendo as normas vigentes à época, prescindindo de exercício. Deste modo, caracterizado a insuficiência de satisfação dos requisitos constantes em norma, como não se perfectibiliza no mundo jurídico, não integram o patrimônio do titular, e assim logicamente não gozam da intangibilidade.

Na óptica da matriz infraconstitucional extrai-se que adquirido é o direito que o titular pode exercer, bem como o representante do titular pode exercer, ou cujo começo tenha um termo prefixo ou uma condição preestabelecida inalterável ao arbítrio de outrem. A título de

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

²BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

³BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32.

representação da exposição supracitada destaca-se a virada jurisprudencial no âmbito do STF⁴ acerca da concessão da benesse constitucional denominada como abono de permanência, cuja matriz constitucional repousa no parágrafo 19º do artigo 40º da CRFB/88. Entendeu este sodalício que o beneficiário faz jus ao abono de permanência desde o momento em que satisfaz os requisitos constantes no estatuto jurídico, sendo prescindível o momento de deflagração do requerimento na órbita administrativa com esta finalidade.

Nas exímias lições de Pontes de Miranda⁵, já se asseverava que a lei nova não poderia prejudicar o ato jurídico perfeito, bem como não poderia prejudicar o fato jurídico, considerado por Miguel Reale⁶, como um fato natural que guarda grau de relevância para o mundo jurídico. É indubitável a aplicação da norma princípio da irretroatividade da lei nova face o instituto jurídico do direito adquirido, frisando se tratar de regra dentro da percepção interdisciplinar do direito.

Ocorre que o constituinte originário ao positivar a característica da intangibilidade do direito adquirido, delimitou-se expressamente ao vocábulo lei, e no exercício de uma exegese literal, novamente, se chega a conclusão de que a intangibilidade do direito adquirido somente é oponível nas manifestações típicas do Congresso Nacional de repercussão infraconstitucional por meio de edição de leis ordinárias, complementares, e até mesmo as leis delegadas e medidas provisórias em um exercício atípico e típico, respectivamente, da função do Poder Executivo.

Seguindo esta linha de raciocínio jurídico, destaca-se o jurista Daniel Sarmiento⁷, em que sustenta uma aplicação restritiva da norma constitucional originária, constante no inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Constitucional de 1988. Os efeitos constitucionais jurídicos desta corrente doutrinária, na qual merece indiscutível respeito, permite que uma manifestação do Poder Constituinte derivado reformador atinja situações jurídicas pretéritas ao seu advento no mundo jurídico. Não se trata de relativização da característica fundante do instituto, é uma estrita obediência à vontade exarada pelo constituinte originário, e perceptivelmente ratificada no exame do artigo 17º⁸ do Ato de Disposições Transitórias— ADCT.

⁴Idem. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Re. nº 793.305/PE*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2212582>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

⁵MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. Tomo V. São Paulo: Forense, 2003. p. 189.

⁶MELLO, MARCOS BERNARDES. *Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 432.

⁷SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional- Teoria, História e métodos de trabalho*. 2 ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2014. p. 225-230.

⁸BRASIL. *Atos de disposições transitórias*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

O preâmbulo constitucional de natureza interpretativa assevera que todas as remunerações, vencimentos, vantagens e proventos de aposentadoria, que estejam em desacordo com instituto complexo do teto remuneratório concentrado no inciso XI do artigo 37⁹ da Carta Constitucional de 1988, devem ser imediatamente reduzidos para fins de atingir o teto remuneratório, não sendo oponível o direito adquirido. Deste modo, leva-se a conclusão que diante de uma emenda constitucional aplica-se a norma princípio da retroatividade das manifestações do Poder Constituinte derivadoreformador.

Novamente, objetivando uma melhor elucidação das preposições, frise-se o julgamento do RE n.º 609.381/GO¹⁰, no qual o Ministro Teori Albino Zavascki sustentou a possibilidade de uma emenda constitucional alcançar situações jurídicas anteriores ao seu advento, e neste caso, especificamente quanto ao teto remuneratório, exercitando uma exegese literal do inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Constitucional de 1988, corroborado com artigo 9º da EC n.º 41/03, que ressuscitou o artigo 17º do ADCT.

De outra banda, outra percepção proposta por outros doutrinadores, ancora-se no exercício de uma exegese lógico-gramatical do inciso XXXVI do artigo 5º e do inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60º da Carta Constitucional de 1988¹¹. Preliminarmente, no exame sobre o fundamento doutrinário, o que se observa é o argumento das limitações materias do Poder Constituinte derivado reformador, especificamente quanto à impossibilidade de deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir direitos e garantias fundamentais.

Asseveram que o direito adquirido está inserto no capítulo dos direitos fundamentais previsto no texto constitucional, conseqüentemente é considerado uma garantia constitucional inserta na limitação material do Poder Constituinte Derivado Reformador, ou seja, uma cláusula pétrea. Sabe-se que as aludidas cláusulas são passíveis de modificação, no exercício de um devido processo legislativo de extrema dificuldade e cooperação, mas não se admite a sua extinção.

Está corrente é considerada majoritária no âmbito do Direito Constitucional, tendo como expoentes os juristas Carlos Ayres Britto, José Afonso da Silva¹² e José dos Santos Carvalho Filho¹³. Destaca-se que a ADI. 3184¹⁴, que tramita no STF, na qual a Associação de

⁹BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. n.º 609.381/GO. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7458295>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

¹¹SARMENTO, op. cit., p. 233-234.

¹²SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 288.

¹³BRASIL. op. cit., nota 10.



Magistrados Brasileiros—AMB assevera a inconstitucionalidade do artigo 9º da EC nº. 41/03, haja vista que afronta a garantia constitucional do direito adquirido, sendo uma oportunidade para que o sodalício venha se manifestar sobre o cerne da controvérsia exposta.

Sendo assim no campo jurídico, verifica-se que a resolução da controvérsia perpassa sobre normas princípios indispensáveis do Estado Democrático de Direito, como a segurança das relações jurídicas, primazia dos direitos fundamentais e sua maior concretude. No estudo sobre os direitos e garantias fundamentais, a doutrina assevera que deve ser aplicada uma exegese ampliativa das garantias fundamentais, com adstrição lógica para não acarretar em usurpação de competência legislativa, mas com o fundamento em atribuição de maior efetividade das aludidas normas.

2. DA Oponibilidade do Direito Adquirido face aos efeitos jurídicos oriundos das EC. Nº. 19/98 e 41/03 no âmbito do teto remuneratório

A Emenda Constitucional nº. 19/98¹⁵ modificou quase totalmente o sistema remuneratório dos agentes públicos, introduzindo o subsídio, como forma de remuneração dos agentes políticos e de certas categorias de servidores públicos, e excluiu o princípio da isonomia dos vencimentos, entre outras transformações. A Constituição, agora, prevê dois sistemas remuneratórios para os agentes públicos: 1º) o de remuneração ou vencimento, e, 2º) o de subsídio. O primeiro sistema, compreende uma parte fixa e uma variável, composta por vantagens pecuniárias de variada natureza (adicionais, gratificações, verbas indenizatórias e o segundo, constituído por parcela única, que exclui a possibilidade de percepção de vantagens pecuniárias variáveis.

Remuneração sempre significou, no serviço público, uma retribuição composta de uma parcela fixa (geralmente no valor de dois terços do padrão do cargo, emprego ou função) e outra parte variável (quotas ou percentagens da sucumbência ou das multas arrecadadas ou de outras circunstâncias), paga em função da produtividade. A remuneração já não mais possui esse antigo significado. Atualmente, a remuneração significa o somatório de todos os valores percebidos pelo servidor, quer sejam pecuniários ou não, abrangendo, assim, o vencimento, as vantagens e as quotas de produtividade.

Vantagens pecuniárias são as parcelas pecuniárias acrescidas ao vencimento-base em decorrência de uma situação fática previamente estabelecida na norma jurídica pertinente.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade—ADI nº. 3184*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2212582>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

¹⁵BRASIL. *Emenda Constitucional nº. 19 de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

Toda vantagem pecuniária reclama a consumação de certo fato, que proporciona o direito à sua percepção. Presente a situação fática prevista na norma, fica assegurado ao servidor o direito subjetivo a receber o valor correspondente à vantagem. Vários fatos podem levar ao recebimento desses acréscimos, dentre os quais: tempo de serviço, trabalho em gabinetes do escalão superior, horas trabalhadas além da jornada normal, trabalho noturno, entre outros.

Hely Lopes Meirelles¹⁶ distinguiu essas duas espécies de retribuição:

O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor. O adicional relaciona-se com o tempo ou com a função; a gratificação relaciona-se com o serviço ou com o servidor.

Para que as vantagens pecuniárias passem a integrar os vencimentos, é necessário que a lei assim preveja; é o denominado sistema de incorporação, mediante o qual a vantagem adere ao vencimento-base, não podendo ser suprimida dos vencimentos, salvo opção explícita do servidor. Caso seja consumado o fato que a lei defina como o gerador da incorporação, o valor incorporado constituirá direito adquirido do servidor, sendo, portanto, insuscetível de supressão posterior pela Administração Pública. A lei poderá determinar a incorporação automática, como ocorre com o adicional por tempo de serviço; ou exigir tempo de percepção ou prever a incorporação progressiva, proporcional ao tempo de percepção.

A EC. nº. 19/98¹⁷ excluiu do artigo 39, § 1º, esta regra, que assegurava a isonomia remuneratória. Todavia, isso não impedirá que os servidores pleiteiem o direito à isonomia, com fundamento no artigo 5, *caput* e inciso I, da Constituição Federal de 1988. Além disso, mantém-se a norma do inciso XII, do artigo 37¹⁸, segundo o qual "os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo". Esta regra de paridade de vencimentos vem do artigo 98 da Constituição de 1967¹⁹, sempre interpretada no sentido de igualdade de remuneração para os servidores dos três Poderes. Ainda que a Constituição Federal de 1988 não tenha consignado expressamente, esta regra também haverá de valer no que concerne a empregos e funções públicas.

Com relação à fixação ou alteração da retribuição, seja a remuneração dos servidores públicos, seja o subsídio, só poderá ser feita por lei específica, observada a iniciativa privativa

¹⁶MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.299.

¹⁷BRASIL. op.cit., nota 15.

¹⁸BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.



em cada caso. Esta lei será a da entidade política competente para fixar ou alterar a retribuição. A fixação e a alteração da retribuição, além de depender da existência de recursos orçamentários, sofre limitações e, em especial, a do artigo 169 da Constituição Federal de 1988.

A Lei Complementar nº 101²⁰, de 04/05/2000, ao estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, fixou, nos artigos 19 e 20, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, que não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida: para a União, 50% e para os Estados e Municípios 60%.

Feitas estas ressalvas, passaremos a discorrer sobre o teto remuneratório dos servidores públicos. Registre-se que o teto é a soma de tudo que um servidor ou aposentado recebe ao final do mês. A regra que vigorava anteriormente à entrada em vigor da referida Emenda – que se deu em 31/12/2003, vinculava o teto remuneratório dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, aplicando-se aos três Poderes dos respectivos entes, o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Na prática, contudo, a Constituição Federal vinculou a criação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal à criação de lei, de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, o que, de fato, não ocorreu.

Conforme se depreende do Texto Constitucional, o processo legislativo que dará origem à lei que fixará o subsídio de que trata o art. 39, parágrafo 4, se dará única e exclusivamente por meio de iniciativa discricionária dos Chefes dos Poderes da República, da Câmara, do Senado e do Supremo Tribunal Federal. Não se vislumbra, de acordo com o Texto, imposição de prazo para a apresentação deste projeto de lei. Presumia-se tão somente a existência de uma base consensual e da vontade convergente das pessoas mencionadas, descaracterizando-se com isso qualquer hipótese de iniciativa vinculada.

O que se verifica é que houve a ausência de base consensual ou de vontade das pessoas competentes, posto que não fizeram jus à competência atribuída pela Constituição da República, para fixar o subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Com isso, as demais normas constitucionais que dispunham acerca do “subsídio” dos servidores públicos ficaram a vagar, como uma nau sem o seu comandante, face à falta de referencial,

²⁰BRASIL. *Lei Complementar nº101 de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019

qual seja, o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma, a aplicação do teto fixado com a redação da Emenda Constitucional nº. 19, referencial a todas as demais remunerações e subsídios dos servidores, restou inoperante.

O advento da EC. nº. 41/03²¹ alterou este panorama, trazendo novas disposições constitucionais que versam sobre o teto dos servidores públicos, através da proliferação deste em subtetos. A partir de então, ficou mantido o teto nacional, sendo este o valor da maior remuneração, atribuída por lei em 31/12/03 aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e os subtetos aplicáveis aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Com esta mudança, extinguiu-se a unificação do teto remuneratório aplicável aos servidores públicos, o que, em verdade, não se formalizou por falta de sua própria criação, passando a vigorar o teto nacional, com base na maior remuneração atribuída por lei, em 31/12/2003, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Desvinculou-se a existência deste teto maior à sua eventual criação, bem como ao livre arbítrio dos Presidentes da República, da Câmara, do Senado e do Supremo Tribunal Federal.

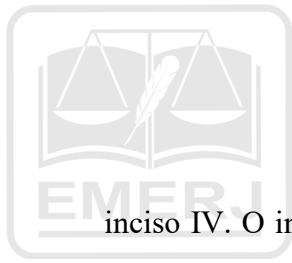
A questão posta em debate cinge-se à possibilidade de efetuar descontos, a título de abatimento de teto remuneratório, dos proventos e subsídios dos servidores ligados ao Poder Executivo, que recebem acima do teto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, em conjunto com o estabelecido no art. 37, XI, da CR/88, alterado pela Emenda Constitucional nº 41/2003.

Reside a controvérsia sobre ser ou não possível, à luz da garantia constitucional de que a “lei não prejudicará o ato jurídico perfeito e o direito adquirido”, se por força de Emenda à Constituição, os valores dos proventos dos servidores, constituídos de padrão básico e de vantagens pessoais e fixados em conformidade com as normas de direito positivo válidas, anteriormente, venham a sofrer redução naquilo que excederem ao teto determinado na referida emenda.

A matéria é por demais conhecida na órbita jurídica tendo já sido, inclusive, apreciada pela Corte Superior de Justiça que, por reiteradas decisões, concedeu a segurança para assegurar aos impetrantes o recebimento integral de seus proventos, incluídas as vantagens pessoais. Tais impetrações fundam-se nas garantias constitucionais do direito adquirido e da irredutibilidade dos proventos, que não podem ser violadas.

Desse modo, a Constituição Federal poderá ser emendada, desde que não seja para, dentre outros, abolir os direitos e garantias individuais, nos termos do seu artigo 60 § 4º,

²¹BRASIL. *Emenda Constitucional nº. 41 de 2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.



inciso IV. O instituto do direito adquirido encontra-se previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inciso XXXVI, da CF) sendo, portanto, vedada, a sua supressão por emenda constitucional.

3. COTEJO DOS PRECEDENTES VINCULANTES E ARGUMENTATIVOS DO STF ACERCA DA INCIDÊNCIA OU NÃO DO INSTITUTO DO TETO REMUNERATÓRIO, EM EXAMES CAUSAIS

Em congruência com os fundamentos já delineados, é importante extrair a característica complexa da norma que prevê o instituto constitucional do teto remuneratório, qual seja, o inciso XI do artigo 37º da Carta Magna de 1988²² (redação determinada pela EC. nº. 41/03). Neste sentido, é possível visualizar a manifestação da aludida norma em determinadas demandas, provocando efeitos jurídicos e práticos distintos.

A título representativo, o tema 377²³ e 384²⁴ fixado pelo STF, tendo como “*leading case*” o RE nº. 612.975/MT²⁵, concluiu que: “Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do artigo 37º, inciso XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a incidência do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público.”

Neste sentido, a interpretação conferida pelo Tribunal Constitucional acerca do inciso XVI do artigo 37º da Carta Magna de 1988²⁶, regra que consubstancia a possibilidade de acumulação de cargo público, compreendeu que nas hipóteses constitucionalmente previstas, o teto remuneratório incide para cada vínculo autônomo formalizado pelo servidor público, ou seja, podendo o somatório dos ganhos ultrapassarem os limites isolado constante no inciso XI do artigo 37 da Carta Magna de 1988.

Tal posição, revela um marco na jurisprudência do STF, e põe fim a uma série de conflitos envolvendo possível lesão à ordem pública. De outra face, havia um número expressivo de demandas, pretendendo o reconhecimento de que Procuradores Municipais, sujeitassem ao limite para percepção da remuneração dos subsídios dos Prefeitos dos

²²BRASIL. op. cit., nota 1.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 377*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3874667&numeroProcesso=612975&classeProcesso=RE&numeroTema=377>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 384*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2694206&numeroProcesso=602043&classeProcesso=RE&numeroTema=384>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

²⁵BRASIL. op. cit., nota 24.

²⁶BRASIL. op. cit., nota 1.

Municípios, assim como ocorre no caso de Procuradores Estaduais, nos quais sujeitam-se aos limites do subsídio do Governador do Estado.

Em 2019, o STF apreciou a questão, e fixou a tese em repercussão geral: “A expressão “Procuradores”, contida na parte final do inciso XI do artigo 37º da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.”

O Tribunal Constitucional compreendeu que a hermenêutica incidente na parte final do inciso XI do artigo 37 da Carta Magna de 1988, que exclui os Procuradores Municipais é inconstitucional, pois, uma vez que a lei não distingue, não é dado ao interprete realizar a distinção. Desse modo, os Procuradores Municipais, consideradas como atividade essencial à justiça, não expressa no artigo 132 da Carta Constitucional de 1988, sujeitam-se ao limites do subsídio dos desembargadores do Tribunais de Justiça estaduais.

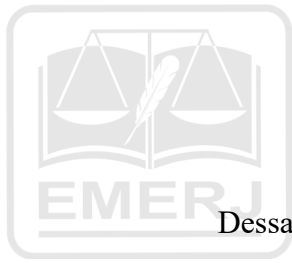
A Carta Constitucional de 1988, no artigo 37º, §11º, assevera que não serão computadas, para os efeitos dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. Ocorre que por diversas vezes a caracterização da natureza indenizatória de determinadas parcelas, é divergente, apesar de ser matéria de reserva de lei, conforme a disposição supra.

No âmbito da magistratura, a Resolução nº. 13 de 2006 do CNJ²⁷, assevera em seu artigo 8º, as parcelas de caráter indenizatório, em um rol exemplificativo “*numerus apertus*”, corroborando para compreensão dessa natureza, que guarda entrelaço direto com ajuda de custos e diárias. Ocorre, que por diversas vezes a lei atribui um rótulo a determinada parcela, denominando-a de indenizatória, mas, que na realidade se reveste de caráter remuneratório.

Esta situação, foi enfrentada pelo STF no RE nº. 650.898/RS²⁸, tendo por objeto lei de determinado Município, que previa a título de indenização o pagamento de um valor ao Prefeito Municipal. Tratava-se de uma suposta “indenização por representação”, mas que na realidade se manifestava como uma parcela remuneratória, afastando a aplicação do §11 do artigo 37 da Carta Magna de 1988, e sujeitando-a a norma regra do teto remuneratório, esculpida no inciso XI do aludido dispositivo constitucional.

²⁷BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 13 de 2006. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=177>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. nº 650.898/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4115555&numeroProcesso=650898&classeProcesso=RE&numeroTema=484>>. Acesso em: 8 abr. 2019.



Dessa forma, o Tribunal Constitucional compreendeu que o exame da natureza indenizatória de determinada parcela percebida pelo servidor, faz-se imprescindível de forma causal, sendo viável o reconhecimento da inconstitucionalidade ou a interpretação conforme a Constituição, ao diploma infraconstitucional, no qual prevê a parcela direcionada ao servidor.

Outra tese firmada de extrema relevância, que merece ser revista, é aquela difundida pelo STF no julgamento do RE 609.381/GO²⁹, que expressamente prevê:

O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências do valor máximo nela discriminadas, todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com o regime legal anterior. Os valores que ultrapassam os limites estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal, constituem excesso cujo o pagamento não pode ser reclamado com base na irredutibilidade de vencimentos.

Nesta tese fixada pelo Tribunal Constitucional, ressuscitando o artigo 17 do ADCT³⁰, primeiramente, deve se divergir acerca da eficácia temporal da Emenda Constitucional n.º 41/03³¹, sendo esta que inseriu a modificação do inciso XI do artigo 37 da Carta Magna de 1988. Tal divergência, materializa-se na previsão do inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Magna de 1988³², no qual assevera que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Conforme já delineado no presente artigo jurídico, cinge-se uma divergência doutrinária acerca da interpretação daquele dispositivo, frisando se tratar de melhor fundamento doutrinário, a preservação do direito adquirido, o cumprimento da vontade expressa do constituinte originário e a atribuição da eficácia “*ex nunc*” da emenda constitucional, a fim de atingir situações jurídicas sem o revestimento da garantia individual do direito adquirido.

O exercício de uma interpretação sistêmica do dispositivo supra, combinado com o inciso IV do §4º do artigo 60 da Carta Constitucional de 1988³³, revela que a vontade soberana do constituinte originário, foi no sentido de impedir que a Emenda Constitucional, manifestação do poder constituinte derivado reformador, viesse a tender ou abolir direito e garantias individuais, pelo qual, ao nosso ver, se insere perfeitamente na questão trabalhada no presente artigo jurídico.

Neste sentido, posiciona-se o jurista José Afonso da Silva³⁴, no qual afirma:

²⁹BRASIL. op. cit., nota 24.

³⁰BRASIL. op. cit., nota 8.

³¹BRASIL. op. cit., nota 21.

³²BRASIL. op. cit., nota 1.

³³BRASIL. op. cit., nota 1.

³⁴BRASIL. op. cit., nota 12.

Emenda constitucional, como demonstrado amplamente não pode atribuir eficácia a norma de efeitos instantâneos, imediatos e exauridos, em hipótese alguma, e menos ainda, a norma veiculadora de restrições ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Portanto, o art. 9 da PEC é inconstitucional na medida que determina a aplicação do artigo 17 do ADCT a situações que ele cria.

De outra banda, outro argumento manejado pelo Tribunal Constitucional, a fim de asseverar a constitucionalidade do artigo 9º da EC. nº. 41/03³⁵, é a inaplicabilidade, *in casu*, da norma princípio da irredutibilidade de vencimentos. Ora, a norma princípio da irredutibilidade de vencimentos tutela todas as formas de estipêndios da relação de trabalho, e no caso, da magistratura, trata-se de uma garantia constitucional, estudada como prerrogativa, ancorada no inciso III do artigo 95 da Carta Magna de 1988.

Sendo assim, pela EC. nº. 41/03³⁶ houve a repriminção de uma norma interpretativa e de efeitos exauridos instantaneamente, com o suposto propósito de se regulamentar a situação salarial, a fim de conferir a aplicação a norma princípio da igualdade de tratamento. Há uma violação sistêmica do texto constitucional, e a fixação de um precedente vinculante pelo Tribunal Constitucional, referendando o notório equívoco perpetrado pela legislativo, gera situação de instabilidade e insegurança jurídica.

Neste sentido, posiciona-se Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷, ao asseverar que:

uma vez que a Emenda Constitucional não pode ferir o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada, o artigo 9 da referida PEC, não pode pelo expediente de invocar a aplicação do artigo 17 do ADCT, ganhar esta força jurídica que lhe é vedada. Donde, não lhe seria possível, sob pena de inconstitucionalidade, pretender extrapolar os efeitos no mencionado preceptivo para disposições diferentes daquelas a que estava reportado, de maneira a subjugar e reduzir, vencimentos, proventos, montepios, pensões ou outras espécies remuneratórias, percebidas cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, a novos limites que veio a estabelecer.

Por fim, a posição assentada pelo STF, neste último julgado trazido à baila, merece uma revisão, tendo em vista que o artigo 9º da EC. nº. 41/03 deve ser declarado materialmente inconstitucional, a fim de preservar as disposições constitucionais, e propiciar a preservação da estabilidade das relações jurídicas e a segurança jurídica.

³⁵BRASIL.op. cit., nota 21.

³⁶Ibidem.

³⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 354.

No fluxo desta pesquisa, constata-se a existência de uma divergência doutrinária e jurisprudencial de extrema relevância, acerca da característica da intangibilidade do direito adquirido ser ou não oponível as Emendas Constitucionais, na percepção conglobante do inciso XXXVI do artigo 5º c/c inciso IV do §4º do artigo 60 da Constituição Federal, considerado este, como limitação material do Poder Constituinte Derivado Reformador.

Verifica-se ainda, que o Supremo Tribunal Federal não resolveu definitivamente tal divergência, advindo, apenas, se posicionar quanto às situações casuísticas, pacificando os conflitos de interesse que envolvem os respectivos sujeitos processuais. Nesta diapasão, a ausência deste pronunciamento definitivo acerca do pano de fundo trabalhado neste artigo jurídico, revela que este Tribunal de Superposição, responsável pela guarda da Constituição Federal de 1988, deve o quanto antes se manifestar, com o fito de proporcionar segurança jurídica e isonomia.

Neste sentido, a prolação de decisões distintas que envolvam questões microscópicas heterogêneas, mas, como questão macroscópica tema que lhes é comum, choca-se com os consectários da previsibilidade e estabilidade que compõem a segurança jurídica. Tal questão adquiriu força para resolução, com o advento do CPC/15, uma vez que seu artigo 926 assevera que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, sob pena de violação a isonomia e a segurança jurídica.

Em que pese a existência de uma corrente doutrinária que assevera a intangibilidade do direito adquirido face às emendas constitucionais, há de se reconhecer os bons fundamentos jurídicos para ambas posições, sendo mister, a resolução definitiva do tema por iniciativa do legislativo, ou por manifestação do Tribunal de Superposição.

Na seara do teto remuneratório, considerado um tema complexo e extremamente intrigante, verifica-se que há uma posição do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 41/03 que se atêm a ressuscitar o artigo 17º do ADCT, ou seja, há a presença do instituto constitucional da repristinação, porém, de uma norma constitucional de eficácia exaurida. Data vênia, asseverar a tangibilidade do direito adquirido face uma emenda constitucional, é negar vigência a certos dispositivos constitucionais, e exercitar uma interpretação dissonante da vontade do constituinte originário.

Desta forma, o vocábulo lei constante no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, abarca todas as espécies normativas contidas no artigo 59º do diploma constitucional (lei em sentido formal), pois, ao contrário, o mero exercício de uma interpretação restritiva se choca com o espírito da Constituição Federal de 1988. Assim, o artigo 9º da EC. nº. 41/03 deve ser declarado materialmente inconstitucional, uma vez que afronta diretamente o texto da Constituição.

Por fim, com o fito de demonstrar a complexidade no entorno do instituto constitucional do teto remuneratório, dedica-se um capítulo deste artigo jurídico, realizando uma pesquisa explorativa e de conteúdo jurisprudencial, acerca do entendimento contemporâneo dos Tribunais de Superposição em situações casuísticas, cujo o objeto é o teto remuneratório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

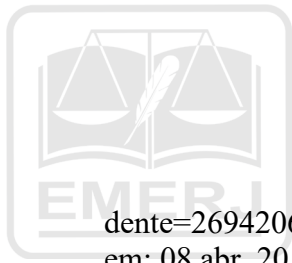
_____. Supremo Tribunal Federal. *REsp. nº 609.391/GO*. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7458295>>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade—ADI nº. 3184*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2212582>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Re. nº 793.305/PE*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2212582>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tema 377*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3874667&numeroProcesso=612975&classeProcesso=RE&numeroTema=377>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tema 384*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?inci>



dente=2694206&numeroProcesso=602043&classeProcesso=RE&numeroTema=384>. Acesso em: 08 abr. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 609.381/GO*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello.em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13561815>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MELLO, MARCOS BERNARDES. *Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. Tomo V. São Paulo: Forense, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional- Teoria, História e métodos de trabalho*. 2 ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

A TAXATIVIDADE MITIGADA DO ROL DO ART. 1.015, DO CPC E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

Luiza Fonseca Dutra

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense.
Advogada.

Resumo – O presente trabalho reúne as diversas teses doutrinárias e jurisprudenciais acerca do rol do artigo 1.015, trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, no que concerne às hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento e a relevância prática de se pacificar o tema, com o fim de garantir a segurança jurídica. Criticar-se-á, especificamente, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida em sede de recursos repetitivos (REsp nº 1.696.396/MT e REsp nº 1.704.520/MT), evidenciando o ativismo judicial do Tribunal quando não se limitou a aplicar a lei, mas em modificá-la. Visando a defesa da segurança jurídica e do princípio da separação de poderes, defende-se a necessidade de uma alteração legislativa que dispense a atuação legiferante do STJ, ao tempo que encerre a discussão acerca da taxatividade das hipóteses do agravo de instrumento dispostas no art. 1015, do CPC, diante da clara falha do legislador em deixar de fora outras circunstâncias em que deveria ser cabível aquele recurso.

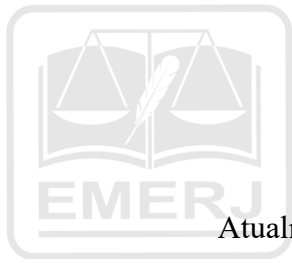
Palavras-chave – Direito Processual Civil. Agravo de Instrumento. Taxatividade Mitigada do rol do artigo 1.015, do NCPC.

Sumário – Introdução. 1. As posições doutrinárias acerca da novidade legislativa que estabelece um rol taxativo para as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. 2. A atuação legiferante do Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos REsp nº 1.696.396 e REsp nº 1.704.520, diante do novo tratamento dado pelo legislador. 3. Os princípios da segurança jurídica e da duração razoável do processo sob a ótica da separação de poderes. Conclusão.Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a natureza do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil brasileiro e a interpretação que foi dada à norma pelo Superior Tribunal de Justiça.

O atual Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016, trouxe uma série de mudanças no que tange ao processo civil brasileiro. Uma das grandes alterações ocorridas se deu quanto às hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento. Tal recurso, na vigência do antigo CPC, era cabível em face de qualquer decisão interlocutória “quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação” (art. 522, Lei nº 5.869/73).



Atualmente, contudo, o novo código dispõe de forma totalmente diversa, ao elencar um rol, no artigo 1.015, de decisões que poderão ser impugnadas por meio daquele recurso, ou seja, o legislador trouxe, aparentemente, um rol taxativo de cabimento do agravo de instrumento.

Essa novidade fez surgir na doutrina uma discussão acerca dessa taxatividade e suas consequências práticas. Alguns autores sustentam que aquele rol, apesar de taxativo, merece uma interpretação extensiva em certos casos; enquanto outros, afirmam que o rol na verdade é exemplificativo.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar a norma em sede de julgamento de recursos repetitivos (REsp nº 1.696.396 e REsp nº 1.704.520), entendeu que o rol é de taxatividade mitigada, fixando essa tese no tema nº 988 dos Recursos Repetitivos do STJ.

Apesar da decisão do STJ, a questão está longe de ser pacífica, uma vez que o Plenário decidiu por 7 votos a 5, demonstrando que esse entendimento pode vir a ser alterado em um futuro não muito distante.

Diante disso, a metodologia adotada nesta pesquisa será necessariamente qualitativa, tendo em vista que é imprescindível a análise daquele julgado, bem como pesquisa doutrinária intensa acerca do entendimento dos principais autores processualistas civis sobre o tema.

No primeiro capítulo, discute-se, com base no entendimento de diversos autores, se o legislador, ao criar o rol do art. 1.015 do CPC, tinha a intenção de impedir a interposição do agravo de instrumento em outra hipótese que não aquelas expressamente elencadas. Tem-se por escopo a comprovação de que houve um equívoco ao se estabelecer um rol aparentemente taxativo.

Em seguida, no segundo capítulo, passa-se a uma análise do julgamento supramencionado, pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de mitigar a taxatividade daquele rol diante da falha do legislador. Nesse ponto, faz-se uma crítica ao ativismo judicial do Tribunal, porquanto não se limitou a aplicar a lei, mas em modificá-la.

Por fim, no terceiro capítulo, também é objeto de discussão desse artigo a insegurança jurídica trazida por esse julgado diante da possibilidade de ocorrer um efeito preclusivo colateral das decisões que, inicialmente, não seriam passíveis de interposição de agravo de instrumento. Faz-se necessária, portanto, uma ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da razoável duração do processo.

Dessa forma, o que ora se defende é a segurança jurídica: a necessidade de uma alteração legislativa que dispense a atuação legiferante do STJ, ao tempo que encerre a

discussão acerca da taxatividade das hipóteses do agravo de instrumento dispostas no art. 1.015, do CPC, diante da clara falha do legislador em deixar de fora outras circunstâncias em que deveria ser cabível aquele recurso.

1. AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA NOVIDADE LEGISLATIVA QUE ESTABELECE UM ROL TAXATIVO PARA AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

O Código de Processo Civil de 2015¹ foi criticado pela doutrina² quando limitou as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento. Isso porque tal limitação excluiu a possibilidade de interposição desse recurso em alguns casos relevantes, o que certamente traria prejuízo processual e, dependendo, até material à parte. A decisão acerca da competência e a decisão sobre prova (exceto na hipótese de exibição de coisa ou documento) são alguns exemplos de decisões interlocutórias que não são mais recorríveis por agravo de instrumento e que geram grandes consequências no processo.

Importar ressaltar, de início, que as decisões que não forem imediatamente atacáveis por agravo de instrumento só poderão ser impugnadas após proferida sentença, por meio de preliminar de apelação ou em contrarrazões de apelação, nos termos do art. 1.009, §1º, do CPC³.

Para Daniel Assumpção⁴:

Ainda que a doutrina aponte que a novidade tem como fundamento o princípio da oralidade, a partir do aumento das hipóteses de irrecorribilidade de decisão interlocutória em separado, a preservação dos poderes de condução do processo do juiz de primeiro grau e a simplificação procedimental, entendo que a técnica legislativa utilizada não foi a mais adequada. (...) duvido seriamente do acerto dessa limitação e das supostas vantagens geradas ao sistema processual.

O autor defende que não se pode culpar tal recurso pela morosidade que assola os Tribunais brasileiros. Além do mais, tal alteração só será positiva, isto é, só colaborará para a celeridade do processo, se a impugnação da decisão interlocutória em preliminar de apelação ou contrarrazões não for acolhida⁵.

¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://tinyurl.com/hgcqejt>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

² Como exemplo, tem-se Daniel Amorim Assumpção Neves e Fernando Rubin, como se verá a seguir.

³ *Ibidem*.

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1659.

⁵ *Ibid.*, p. 1660.

Acresça-se que essa alteração pode ser uma vantagem também na hipótese da parte interessada desistir ou perder o interesse em recorrer daquela decisão interlocutória proferida.

Para Humberto Theodoro Júnior, o mandado de segurança pode ser um instrumento cabível nas hipóteses em que não for possível agravar de instrumento, uma vez que o art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 (lei do Mandado de Segurança)⁶ permite a sua impetração em face de ato judicial do qual não caiba recurso com efeito suspensivo:

De fato, se o recurso manejável (a apelação) é remoto e problemático, a conclusão é de que o decisório, na verdade, não se apresenta como passível de suspensão imediata pela via recursal. Logo, estando demonstrada a lesão de direito líquido e certo da parte, causada pela decisão interlocutória não agravável, o remédio com que o lesado pode contar será mesmo o mandado de segurança.⁷

Daniel Assumpção traz como crítica uma possível consequência de popularização do mandado de segurança, como forma de substituir o recurso de agravo de instrumento. Com isso, estar-se-ia desvirtuando a função daquela ação⁸.

No mesmo sentido entende Fernando Rubin⁹:

Seguramente, caso não se restabeleça a ordem das coisas, corre-se o sério risco de ser resgatada a utilização em massa de mandados de segurança contra ordens arbitrárias do juízo de primeiro grau, o que seguramente trará mais demora na tramitação da causa, em prejuízo da efetividade.

Resta evidente, portanto, que a solução encontrada pelo legislador do CPC de 2015¹⁰ para a diminuição da carga judiciária não tem grandes expectativas de sucesso pela doutrina, já que na impossibilidade de se agravar da decisão, a parte ajuizará mandado de segurança como forma de recurso por via transversa¹¹, fato esse que não se compatibiliza com o princípio da celeridade processual.

⁶ BRASIL. *Lei nº 12.016*, de 09 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

⁷ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1123.

⁸ NEVES, op. cit., p. 1660-1661.

⁹ RUBIN, Fernando. Cabimento do agravo de instrumento em matéria probatória. In: *Processo nos Tribunais e Meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 883.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹ Confira-se trecho deste julgado do Superior Tribunal de Justiça: “A excessiva restrição à utilização do agravo de instrumento e a vedação. À parte, de uma decisão colegiada a respeito de sua irrisignação, trouxe-nos de volta a um regime equivalente àquele que vigorava antes da Reforma promovida pela Lei nº 9.139/95: a baixa efetividade do agravo de instrumento implicará, novamente, o aumento da utilização do mandado de segurança contra ato judicial” (STJ, Corte Especial, RMS nº 25.934/PR, rel. Min. Nancy Andrigli, j. 27/11/08, DJE. 09/02/09).

Dessa forma, nota-se que a posição doutrinária majoritária¹² é no sentido de que o legislador se equivocou quando estabeleceu hipóteses restritas de cabimento do agravo de instrumento, deixando de fora outras hipóteses em que seria de suma importância a interposição imediata do recurso.

Isso fica claro quando percebe-se que parte da doutrina propõe uma interpretação ampliada¹³ do artigo 1.015, do CPC¹⁴, utilizando-se de raciocínio analógico¹⁵, enquanto que outra parte entende que o rol na verdade é meramente exemplificativo¹⁶.

Como exemplo da interpretação ampliada, tem-se os enunciados nº 69, 70, 71 e 72 do CJF¹⁷ e enunciado nº 612 do FPPC¹⁸. O enunciado nº 71¹⁹, da I Jornada de Direito Processual Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal dispõe que “É cabível o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que indefere o pedido de atribuição de efeito suspensivo a Embargos à Execução, nos termos do art. 1.015, X, do CPC”, ao tempo que a literalidade da lei permite agravar apenas quando a decisão versar sobre “concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução”²⁰.

Outros incisos do artigo cometem esse equívoco ao prever o cabimento do recurso exclusivamente diante de uma decisão favorável ou desfavorável relacionada a um tema, incidindo em inobservância do princípio da isonomia processual, já que vai permitir a recorribilidade imediata da decisão apenas à uma das partes da demanda.

É o caso do inciso V, que trata da decisão que rejeita o requerimento de gratuidade de justiça ou acolhimento do pedido de revogação, sem incluir a decisão que não acolhe o pedido de revogação²¹. No mesmo sentido, o inciso VIII, que permite a recorribilidade, por agravo de instrumento, da decisão sobre indeferimento do pedido de limitação de

¹² Daniel Amorim Assumpção Neves, Cássio Scarpinella Bueno, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e outros.

¹³ BUENO, Cássio Scarpinella in ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil: lei 13.105/15*. v. 15. Curitiba: Juruá, 2017, p. 158.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 534.

¹⁶ FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias in *Revista de Processo* nº 263, São Paulo: RT, jan. 2017, p. 193/203.

¹⁷ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciados nº 69, 70, 71 e 72*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em: 26 set. 2019.

¹⁸ BRASIL. Fórum Permanente De Processualistas Cíveis. *Enunciado nº 612*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2019.

¹⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <file:///C:/Users/advuser/Downloads/copy_of_Enunciadosaprovadosvfpub.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

²¹ Entende-se que a decisão que defere a gratuidade de justiça não é recorrível de imediato, pois nesse momento caberá à outra parte requerer ao mesmo órgão julgador a revogação do benefício.

litisconsórcio, não abrangendo a decisão de deferimento. Ainda, a decisão que redistribuiu o ônus da prova é agravável, mas o inciso XI não menciona a decisão que não acolher o pedido.

Daniel Assumpção propõe²², então, que sejam recorríveis por agravo ambos os casos, ou seja, independentemente do conteúdo da decisão ser positivo ou negativo em relação ao tema elencado no rol, sendo essa “uma forma aparentemente segura de interpretação analógica”, que garante o cumprimento do princípio da isonomia e da segurança jurídica.

Há, ainda, autores que defendem a interpretação extensiva do rol do art. 1.015²³ para abranger decisões relacionadas à competência do juízo e decisão que anula o negócio jurídico processual²⁴, e ainda há aqueles que entendem ser agravável qualquer decisão que abranja matéria de caráter urgente ou que cause inutilidade do recurso ao final²⁵.

Por fim, cumpre registrar que existe doutrina minoritária no sentido de defender a alteração normativa relacionada ao agravo de instrumento:

Entendemos que a previsão expressa das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento torna a questão mais clara, evitando os entendimentos jurisprudenciais díspares que atualmente circundam a avaliação da presença dos requisitos legais para o cabimento do agravo de instrumento na sistemática do CPC de 1973. Destaque-se que, dado o princípio da unicidade recursal ou unirrecorribilidade, a existência de normas claras quanto ao cabimento dos recursos mostra-se extremamente salutar e põe-se a serviço, mais uma vez, da tão propalada segurança jurídica.²⁶

Rechaça-se aqui tal entendimento, pois, como já exposto, a redação do art. 1.015²⁷ não foi a melhor, deixando de acolher temas importantes, cuja recorribilidade diferida propiciará inutilidade da impugnação, fato que tem gerado grande discussão doutrinária e jurisprudencial, causando enorme insegurança jurídica.

²² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 1663.

²³ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁴ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC-2015. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, p. 183-185. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y6pktnq4>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

²⁵ GOMES JR., Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Anotações sobre o sistema recursal no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. *Processo nos Tribunais e Meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 544.

²⁶ HILL, Flávia Pereira. Breves comentários às principais inovações quanto aos meios de impugnação das decisões judiciais no novo CPC. In: *Ibidem*, p. 500.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

2. A ATUAÇÃO LEGIFERANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DOS RESP Nº 1.696.396 E RESP Nº 1.704.520, DIANTE DO NOVO TRATAMENTO DADO PELO LEGISLADOR

Diante das discussões anteriormente relatadas e de dúvidas relevantes acerca do seu cabimento, começou-se a interpor o recurso de agravo de instrumento ainda que fora das hipóteses taxativamente previstas no artigo 1.015, do CPC²⁸. Nesse cenário, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem afetar dois recursos especiais representativos da controvérsia para serem julgados sob o rito dos recursos repetitivos. Foram eles: REsp nº 1.696.396²⁹ e REsp nº 1.704.520³⁰.

A afetação dos recursos teve como propósito a definição da natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15³¹ e a verificação da possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo.

Apesar do apertado resultado, por maioria, a egrégia Corte Especial do STJ decidiu por não acolher as teses doutrinárias mencionadas no capítulo anterior, mas por criar uma nova tese, a qual chamou de “taxatividade mitigada”, para solucionar a questão que ora se põe.

Para tanto, o voto vencedor destacou que a doutrina se divide basicamente em três correntes quanto a taxatividade do rol do agravo de instrumento, quais sejam: a) aqueles que entendem pela taxatividade absoluta; b) os que defendem a taxatividade, porém com possibilidade de interpretação extensiva ou analógica; e, ainda, c) aqueles que defendem ser o rol meramente exemplificativo.

Ressalte-se que o Tribunal já julgou no sentido de aplicar tanto a primeira teoria³², quanto a segunda.³³

²⁸Ibidem.

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.696.396*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y2sl6n5g>>. Acesso em: 1 set. 2019.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.704.520*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y4sygkhf>>. Acesso em: 1 set. 2019.

³¹BRASIL, op. cit., nota 1.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.700.308*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Acesso em: <<https://tinyurl.com/s7ho89h>>. Acesso em: 9 set. 2019.

³³ REsp 1.695.936/MG, 2ª Turma, DJe 19/12/2017; REsp 1.694.667/PR, 2ª Turma, DJe 18/12/2017; e REsp 1.679.909/RS, 4ª Turma, DJe 01/02/2018.

Não obstante, no julgamento dos recursos especiais repetitivos, concluiu-se que todas essas teorias possuem falhas e não contêm a melhor interpretação que se deve dar à norma. Quanto a taxatividade absoluta, entendeu ser inadequada, pois “incapaz de tutelar adequadamente todas as questões em que pronunciamentos judiciais poderão causar sérios prejuízos e que, por isso, deverão ser imediatamente reexaminadas pelo 2º grau de jurisdição”.³⁴ Em relação a segunda teoria, assim dispôs³⁵:

De igual modo, deve ser afastada a possibilidade de interpretação extensiva ou analógica das hipóteses listadas no art. 1.015 do CPC, pois, além de não haver parâmetro minimamente seguro e isonômico quanto aos limites que deverão ser observados na interpretação de cada conceito, texto ou palavra, o uso dessas técnicas hermenêuticas também não será suficiente para abarcar todas as situações em que a questão deverá ser reexaminada de imediato – o exemplo do indeferimento do segredo de justiça é a prova cabal desse fato.

Para refutar a teoria de que o rol é meramente exemplificativo, assim sustentou a Ministra relatora³⁶:

Finalmente, também não deve ser acolhido o entendimento de que o rol do art. 1.015 do CPC é meramente exemplificativo, pois essa interpretação conduziria à reprimenda do art. 522, caput, do CPC/73, contrariando frontalmente o desejo manifestado pelo legislador de restringir o cabimento do recurso, o que não se pode admitir.

Com base nisso, chegou-se ao entendimento de que o rol é taxativo, não cabendo, portanto, interpretações extensivas ou analógicas, mas, por outro lado, é possível a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC³⁷, sempre em caráter excepcional e desde que se vislumbrasse a inutilidade futura do julgamento do recurso diferido na apelação (ou contrarrazões). Em outras palavras, o STJ fixou tese com eficácia vinculante pelo cabimento do agravo de instrumento, no caso concreto, independentemente de previsão expressa no rol, quando preenchido o requisito urgência decorrente da inutilidade prática. Daí surge a teoria jurisprudencial da “taxatividade mitigada”.

A primeira crítica que se faz é relacionada ao termo “taxatividade mitigada”, porquanto o escopo da taxatividade é a limitação, a restrição, não havendo que se falar em mitigação, pois isso retiraria seu sentido de ser.

Em um segundo momento, passando-se a analisar o critério utilizado pelo Superior Tribunal para admitir a recorribilidade imediata, não se discorda aqui que seja um critério

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 24.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

razoável. Isso porque, como se viu no capítulo anterior, o rol do art. 1.015³⁸ é inequivocadamente insuficiente, o que nos leva a concluir que existem outras hipóteses em que deveria ser cabível a interposição do agravo de instrumento e o critério da futura inutilidade se mostra, em princípio, eficaz.

No entanto, diferente do que se afirmou no voto da Ministra Relatora, tal critério não é objetivo. A utilidade ou não, a urgência ou não de um provimento judicial é matéria muito subjetiva. Não há um padrão a ser seguido, não há uma lista de temas que podem ser considerados urgentes. No julgamento dos recursos afetados, até foram citados alguns exemplos, como a questão do segredo de justiça, mas não há como exaurir as hipóteses de urgência que possam ensejar a recorribilidade imediata. Como se vê, tal critério pode alcançar diversas matérias, as quais não podem ser previamente definidas – e nem poderiam ser, sob pena de ferir a separação de poderes – pelo Tribunal.

Ademais, as partes sempre alegarão a existência da urgência quando da interposição do agravo na tentativa do reexame imediato. Baseado nesse fundamento, a tendência é o aumento do número de agravos de instrumento, o que vai de encontro com a ideia do legislador, que pretendeu nitidamente restringir a hipótese do recurso para, conseqüentemente, diminuir a morosidade que assola nossos Tribunais.

Outra problemática que surge da mitigação da taxatividade do referido rol é a possibilidade de ocorrer um efeito preclusivo colateral das decisões que, inicialmente, não seriam passíveis de interposição de agravo de instrumento. Isso porque, corre-se o risco de a parte ter seu recurso negado, em sede de apelação, sob o fundamento de ter havido preclusão porquanto deixaram de interpor o agravo de instrumento no momento oportuno, mas que só era cabível em razão do novo entendimento do STJ. Dessa forma, resta clara a confusão e insegurança jurídica que a decisão nos recursos especiais repetitivos trouxe.

A Corte Especial tentou resolver essa questão com o que chamou de duplo juízo de conformidade³⁹:

Dito de outra maneira, o cabimento do agravo de instrumento na hipótese de haver urgência no reexame da questão em decorrência da inutilidade do julgamento diferido do recurso de apelação está sujeito a um duplo juízo de conformidade: um, da parte, que interporá o recurso com a demonstração de seu cabimento excepcional; outro, do Tribunal, que reconhecerá a necessidade de reexame com o juízo positivo de admissibilidade. Somente nessa hipótese a questão, quando decidida, estará acobertada pela preclusão.

³⁸ Ibid.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 24.



Contudo, na prática, a insegurança jurídica causada pela decisão do STJ é manifesta, tendo em vista uma ampliação das hipóteses de cabimento de um recurso, fato que só poderia ter se dado através de norma legal.

Percebe-se, pois, que diante da atuação falha do legislador ao elencar o rol do art. 1.015, do CPC⁴⁰, o STJ foi instado a se manifestar sobre o assunto e acabou exorbitando do seu poder de órgão julgador, passando a efetivamente alterar a legislação.

Com efeito, o que se pretendeu com a novidade acerca do cabimento do agravo de instrumento foi assim exposto pela Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto que se tornou o PLS/166/2010 em sua exposição de motivos⁴¹:

O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa.

O próprio Tribunal superior, pelo voto da Ministra Relatora, Nancy Andrichi, admitiu que tudo indica “uma consciente e política opção do legislador pela taxatividade das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento”⁴².

Não obstante aqui se concorde que a redação do referido rol não foi a melhor, ocasionando o desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC⁴³ e da CRFB/88⁴⁴, além de grave prejuízo às partes ou ao próprio processo, entende-se que a opção legiferante adotada pelo STJ não foi adequada.

O fato de a legislação não ter a melhor redação, gerando inclusive injustiças e morosidade processual – exatamente o oposto do que se pretendia –, lamentavelmente, isso não possibilita ou legitima a atuação legislativa supletivamente pelo Poder Judiciário. Tal conduta não só fere o princípio da separação dos poderes, como também incorre em insegurança jurídica como já exposto.

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 24.

⁴²Ibid.

⁴³BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

3. OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO SOB A ÓTICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A emenda constitucional nº 45/2004 incluiu o inciso LXXVIII ao art. 5º, da CRFB/88⁴⁵, elevando a garantia da “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” ao patamar de direito fundamental. Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, essa norma deixa expresso que “o Estado tem o dever de prestar a justiça em prazo razoável e o cidadão o direito de obter a tutela jurisdicional de modo tempestivo”⁴⁶.

É evidente a importância desse direito/princípio no ordenamento jurídico brasileiro, visto que ele se confunde com a própria efetividade do processo, na medida em que conjuga a prestação jurisdicional ao princípio da celeridade. Afinal, uma tutela tardia pode ser insuficiente ou ineficaz, esvaziando o direito do seu titular.

Nesse sentido, ao poder legislativo cabe a adoção de técnicas processuais que possibilitem a prestação dessa tutela em prazo razoável. Com base nisso, o legislador, ao promover a mudança relacionada ao cabimento do agravo, o fez no sentido de dar celeridade ao processo, objetivando a observância do mencionado princípio.

Com efeito, inúmeras foram as alterações ao longo dos anos no sentido de restringir o cabimento do agravo de instrumento. Desde a entrada em vigor do CPC/73 (Lei nº 5.869), a Lei nº 5.925⁴⁷, de 1º.10.1973, a Lei nº 9.139⁴⁸, de 30.11.1995 e a Lei nº 11.187⁴⁹, de 2005, se sucederam no tratamento das hipóteses de recorribilidade por agravo de instrumento. O legislador do CPC/15 trouxe nova redação, dessa vez através do rol taxativo que se mostrou insuficiente.

Diante dessa insuficiência, o STJ, conforme visto, tentou trazer solução que poria fim à discussão sobre o cabimento do recurso de agravo de instrumento. No entanto, a questão está longe de ser pacífica, uma vez que o Plenário decidiu por 7 votos a 5, demonstrando que esse entendimento pode vir a ser alterado em um futuro próximo.

De fato, ao longo do ano de 2019, o STJ continuou precisando se debruçar sobre a mesma temática, para esclarecer outras dúvidas acerca do cabimento de agravo de

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 294.

⁴⁷ BRASIL. *Lei nº 5.925*, de 1º de outubro de 1973. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2u4sb45>>. Acesso em: 10 set. 2019.

⁴⁸ BRASIL. *Lei nº 9.139*, de 30 de novembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9139.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

⁴⁹ BRASIL. *Lei nº 11.187*, de 19 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11187.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.



instrumento. Foi assim na decisão do REsp 1.729.110-CE⁵⁰, no qual interpretou o inciso XI do rol do art. 1.015, do CPC⁵¹ para definir que “É cabível agravo de instrumento contra decisão interlocutória que defere ou indefere a distribuição dinâmica do ônus da prova ou quaisquer outras atribuições do ônus da prova distinta da regra geral, desde que se operem *ope judicis* e mediante autorização legal.”; bem como no AgInt no AREsp nº 1.411.485-SP⁵² e no REsp nº 1.724.453-SP⁵³, nos quais aplicou interpretação restritiva dos incisos II e VII, respectivamente, do rol do art. 1.015, do CPC⁵⁴. No Resp nº 1.797.991-PR⁵⁵, o Tribunal precisou recorrer a uma larga fundamentação, para suprir a falta, naquele rol, da decisão interlocutória que verse sobre competência.

Como se percebe a taxatividade de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento pelo novo Código de Processo Civil acabou tendo efeito inverso do que se pretendia, trazendo maior demanda para o Judiciário no sentido de que este se pronuncie sobre a possibilidade de utilização ou não do recurso.

A alteração legislativa, por si só, já trouxe instabilidade para o ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a decisão do STJ que definiu ser o rol do art. 1015 de taxatividade mitigada, e as demais decisões que vem proferindo no sentido de interpretar o rol, acabam por agravar a insegurança jurídica ao jurisdicionado.

Revela-se, portanto, atuação legiferante por parte do Superior Tribunal de Justiça ao querer inserir em uma norma legal - que tinha por objetivo ser taxativa - dispositivos que ali não existem. Dessa forma, o Tribunal invade competência típica de outro poder, o que é vedado em nosso ordenamento por ferir a separação de poderes, base de um Estado democrático.

Não se quer que o Judiciário seja apenas “a boca da lei”, até mesmo porque se reconhece sua importância como instituição efetivadora dos direitos. Sabe-se que, ao se analisar um caso concreto, muitas vezes é preciso que o magistrado excepcione a aplicação de

⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.729.110-CE*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y44f4ng3>>. Acesso em: 12 set. 2019.

⁵¹BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgInt no AREsp nº 1.411.485-SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yyquf8ky>>. Acesso em: 14 set. 2019.

⁵³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.724.453*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y4t4y78g>>. Acesso em: 12 set. 2019.

⁵⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.797.991-PR*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yyjdm2zq>>. Acesso em: 10 set. 2019. A tese firmada foi: “Em se tratando de decisão interlocutória com duplo conteúdo é possível estabelecer como critérios para a identificação do cabimento do recurso: (i) o exame do elemento que prepondera na decisão; (ii) o emprego da lógica do antecedente-consequente e da ideia de questões prejudiciais e de questões prejudicadas; (iii) o exame do conteúdo das razões recursais apresentadas pela parte irresignada”.

certa norma diante de uma peculiaridade ou de grave injustiça. No entanto, tais casos são excepcionais. A regra é que se deve respeitar minimamente o comando legal, fruto da atuação de um Poder que tem legitimidade democrática direta para tanto. Miguel Reale alerta que⁵⁶:

Se o preenchimento de lacunas no ordenamento pelo Judiciário muitas vezes é uma resposta contra o imobilismo do Legislativo, todavia, o risco da perspectiva neoconstitucionalista, conduzindo a decisões com base em princípios em desprezo pelo sistema normativo, permite uma politização perigosa da Justiça.

As decisões do STJ acerca do cabimento do agravo de instrumento, em especial as decisões nos recursos repetitivos afetados, mais do que preencher lacunas do ordenamento, criaram efetivamente hipóteses não previstas em lei.

Conforme ensina Guilherme Peña de Moraes⁵⁷, o ativismo judicial pode ter diversos significados, dentre eles, o de “afastamento dos cânones de interpretação” e de “conduta de legislar desde os tribunais”.

Verificado o ativismo judicial ao qual incorreu o Superior Tribunal de Justiça, resta analisar a sua interferência na segurança jurídica do ordenamento jurídico.

Humberto Ávila⁵⁸ faz distinção entre a segurança jurídica da norma e a segurança de aplicação das normas. O autor entende que “uma norma pode ser considerada segura, enquanto acessível e inteligível, porém pode ser aplicada de modo arbitrário, sem critérios objetivos e uniformes e sem uma adequada justificação e fundamentação”.

A norma do art. 1.015, do CPC⁵⁹ é aparentemente segura já que descreve taxativamente as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, através do rol. No entanto, devido a constante necessidade de interpretação na aplicação de seus incisos, a norma vem se tornando cada vez mais insegura juridicamente.

Não obstante o Tribunal Superior ter afirmado que estabeleceu um critério objetivo - urgência decorrente da inutilidade prática -, sabe-se que tal critério se mostra, na prática, subjetivo e ineficaz.

O STJ demonstrou preocupação jurídica, ao determinar que a inadmissão de agravo de instrumento entendido como incabível não impedirá a impugnação da decisão futuramente, na apelação (ou contrarrazões de apelação). Isso, por si só, não garante a segurança jurídica.

⁵⁶ REALE JR., Miguel. Os confrontos do Judiciário face à doutrina e ao legislativo. In: RÊGO, Werson. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incerteza*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, p. 757.

⁵⁷ MORAES, Guilherme Peña de. Protagonismo institucional do poder judiciário no Estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. In: RÊGO, Werson. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incerteza*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, p. 317.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 156.

⁵⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.



Por um lado, porque a parte autora pode ficar em dúvida se o agravo de instrumento seria ou não cabível e, com receio de arcar com as custas do preparo e ter seu agravo não conhecido, pode deixar de recorrer de imediato. Como já dito no capítulo anterior, a parte recorrente sempre vai achar que existe urgência no seu pedido, mas nem sempre assim pode entender o Tribunal. Por isso que o critério da urgência é muito relativo. Dessa forma, sem um critério verdadeiramente objetivo – como se pretendeu o rol taxativo – fica evidente a incerteza de como a parte deverá proceder no caso concreto. Sem ter certeza sobre a recorribilidade imediata da decisão, a parte pode ser prejudicada ao deixar de agravar em hipótese que o Superior Tribunal de Justiça venha a entender que era cabível o agravo, o que pode gerar injustiças e ferir o tratamento isonômico que se deve dar aos jurisdicionados. É por isso que ora se defende a alteração legislativa do rol e não jurisprudencial, especialmente porque ainda prevalece o sistema de *civil law* no Brasil.

Por outro, porque o possível recorrido não vai saber se se deve preparar para contrarrazoar um possível recurso quando da decisão interlocutória que a princípio não era agravável. Quando se tem uma decisão interlocutória cuja matéria não está contida no art. 1.015, do CPC⁶⁰, a parte beneficiada – ou não prejudicada – a princípio não se preocuparia com possível recurso imediato. Contudo, diante da decisão do STJ nos REsp nº 1.696.396⁶¹ e REsp nº 1.704.520⁶², a parte poderá recorrer de qualquer decisão, desde que demonstrada a urgência decorrente da inutilidade prática.

CONCLUSÃO

O artigo pretendeu, através de abordagem qualitativa, analisar uma tese fixada em um julgamento do Superior Tribunal de Justiça, bem como suas consequências práticas no que tange aos princípios da segurança jurídica e da separação de poderes.

Defende-se, em prol desses princípios, a necessidade de uma alteração legislativa que dispense a atuação legiferante do STJ, ao tempo que encerre a discussão acerca da taxatividade das hipóteses do agravo de instrumento dispostas no art. 1.015, do CPC.

Com efeito, a alteração legislativa trazida pelo novo Código de Processo Civil veio a reduzir as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, mas não só isso, trouxe hipóteses

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 27.

⁶² BRASIL, op. cit., nota 28.

taxativas de seu cabimento, sendo nítida e consciente a intenção do legislador em reduzir a quantidade desse recurso nos Tribunais brasileiros.

A alteração foi majoritariamente criticada pela doutrina, já que as hipóteses previstas para o cabimento do agravo de instrumento se mostraram insuficientes, deixando de abranger casos em que seria imprescindível a recorribilidade imediata, como a decisão que versa sobre competência. Dessa forma, o rol se mostra falho, pois não é exauriente.

Apesar disso, na prática, começou-se a agravar de decisões que não estão contidas expressamente no rol do art. 1.015, do CPC. A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que decidiu afetar os REsp nº 1.696.396 e REsp nº 1.704.520 para julgar em sede de recurso repetitivo.

O Tribunal fixou a tese de que o referido rol seria de taxatividade mitigada, pois, embora taxativo, a ele poderiam ser incluídas hipóteses não expressamente previstas desde que se verificasse, no caso concreto, a urgência decorrente da inutilidade da recorribilidade diferida.

Não obstante a redação do art. 1.015 seja criticável, pois manifestamente deficiente, nada justifica a atuação legiferante do STJ. Percebe-se que, ao proferir tal decisão, o tribunal acabou por permitir o cabimento de um recurso em hipótese não prevista legalmente. Em outras palavras, tem-se que o poder judiciário legislou sobre matéria processual.

Não se pode permitir que um Tribunal sentencie de forma exatamente contrária do que queria a lei, ou seja, definir taxativamente e especificamente as hipóteses de cabimento de um recurso. Ainda que se possa verificar injustiças no caso concreto, o que está em jogo é o princípio da separação de poderes, pilar de um Estado democrático. Ademais, como se viu, esse tipo de decisão acaba por gerar insegurança jurídica às partes.

Dessa forma, mister a atuação legislativa para sanar os equívocos causados e pacificar de uma vez o tema, definindo de forma precisa e exauriente quais são as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. A consequência da alteração do artigo será também a diminuição de interposição de recursos que visem discutir o cabimento do agravo na hipótese.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/15*, arts. 994 ao 1.072, V. 15. Curitiba: Juruá, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.



BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. *Lei nº 5.925*, de 1º de outubro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5925.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Lei nº 9.139*, de 30 de novembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9139.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Lei nº 11.187*, de 19 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11187.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 25.934*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://tinyurl.com/twx85y3>>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AgInt no AREsp nº 1.411.485*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yyquf8ky>>. Acesso em: 14 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.696.396*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85907664&num_registro=201702262874&data=20181219&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 01 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.704.520*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=85913737&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 01 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.724.453*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=92706962&num_registro=201800356060&data=20190322&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 12 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.729.110*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y44f4ng3>>. Acesso em: 12 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.797.991*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yyjdm2zq>>. Acesso em: 10 set. 2019.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC-2015. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SQQAectdIcJ:https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/download/131/124+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. In: *Revista de Processo nº 263*, São Paulo: RT, jan. 2017.

GOMES JR., Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Anotações sobre o sistema recursal no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Processo nos Tribunais e Meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

HILL, Flávia Pereira. Breves comentários às principais inovações quanto aos meios de impugnação das decisões judiciais no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Org.) *Processo nos Tribunais e Meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Curso de Processo Civil*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MORAES, Guilherme Peña de. Protagonismo institucional do poder judiciário no Estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. In: RÊGO, Werson (Org.). *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incerteza*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

REALE JR., Miguel. Os confrontos do Judiciário face à doutrina e ao legislativo. In: RÊGO, Werson. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incerteza*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

RUBIN, Fernando. Cabimento do agravo de instrumento em matéria probatória. In: *Processo nos Tribunais e Meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JR., Humberto. *Cursode Direito Processual Civil*, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



A PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA DO ITBI

Luiza Moraes Gomez

Graduada pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas/IBMEC. Advogada.

Resumo –O objetivo do presente artigo é apresentar e discutir algumas características e implicações da técnica da progressividade das alíquotas do imposto sobre a transmissão *inter vivos* de bens imóveis para o alcance da igualdade tributária. Para isso é necessário o exame do princípio da capacidade contributiva, do seu subprincípio da progressividade e a necessária superação da Súmula nº 656 do Supremo Tribunal Federal (STF). É essencial a análise do panorama normativo em que o imposto sobre transmissão de bens e imóveis *inter vivos* (ITBI) se encontra e da evolução jurisprudencial do STF sobre a sistemática de progressividade das alíquotas dos impostos reais, em especial para o ITBI. Logo, nota-se divergências jurisprudenciais ao longo de grande tempo, mas faz entender que é cabível a progressividade fiscal em relação ao ITBI e que o raciocínio utilizado pelo STF em sua sumula está superado, apesar dessa sumula ainda não ter sido expressamente revogada.

Palavras-chave –Direito Tributário. ITBI. ITD. Progressividade da alíquota.

Sumário – Introdução. 1. A aplicabilidade ou não do Princípio da Capacidade Contributiva e o seu subprincípio da progressividade aos impostos de caráter real. 2. Há influência ou não da mudança de paradigma jurisprudencial no STF em relação ao imposto de transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD) em relação a alíquota do ITBI?3. Pode-se considerar superada a Súmula nº 656 do STF?Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Não há uma definição legal do que seja um imposto de natureza pessoal e um imposto de natureza real, nem há uma plena definição disso na doutrina. Todavia, grande parte converge que um imposto de natureza real, como o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis *Inter Vivos* (ITBI), não é cabível o exame do aspecto subjetivo do contribuinte, isto é, sua capacidade contributiva. Isso também ocorre ao tomar por base precedentes do STF, que se fundamentam em doutrina italiana, vedando o cabimento da progressividade de alíquotas no IPTU e no ITBI, sendo só admitida mediante expressa referência no texto constitucional.

No auge dessa discussão foi feita a EC nº 29/00 que possibilitou a progressividade no IPTU ao modificar a redação do art.156,§1 da CRFB/88 e a EC nº 42/03 que deixou clara a possibilidade de progressividade para o Imposto Territorial Rural (ITR) pela nova redação do art.153,§4º, da CRFB/88 e do Imposto de Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), por meio da nova redação do art.155,§6º, CRFB/88.

Em virtude dessa divergência, a questão da progressividade da alíquota do ITBI ocupou um grande espaço na doutrina e na jurisprudência dos nossos tribunais até que foi pacificada pelo STF, com a Súmula nº 656 ao estabelecer “É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão *inter vivos* de bens imóveis - ITBI, com base no valor venal do imóvel”.

Porém, no final do ano de 2013, o STF declarou sob a égide da repercussão geral a constitucionalidade da alíquota progressiva em função do valor da herança, nela incluídos os bens imóveis. Isso ocasionou a volta de todo o debate quanto ao cabimento da progressividade no ITBI e a possível superação da Súmula nº 656 do STF.

Diante do exposto, no primeiro capítulo pretende-se demonstrar que apesar do princípio da Capacidade Contributiva e seu subprincípio da progressividade não serem aplicados em regra para impostos classificados como reais abre-se algumas exceções, como para o ITCMD e ITBI por entender-se uma forma de alcançar a igualdade tributária.

Enquanto que no segundo capítulo, visa-se argumentar e provar que o caráter real não deve impedir a aplicação deles ao ITBI, sendo possível a convivência dessas características como forma de garantir a igualdade tributária. Essa é uma aplicação analógica de diversos doutrinadores quanto a mudança de paradigma pelo STF com base em uma jurisprudência sobre a aplicação da Capacidade Contributiva ao ITCMD.

No último sustenta-se que apesar de haver uma Súmula do STF em um determinado sentido e esta continuar em vigor, ela não deve ser mais aplicada, entendem os diversos doutrinadores. Doutrina sustenta que a partir da decisão quanto a aplicabilidade da capacidade contributiva no ITCMD pode-se entender que essa sumula foi superada, faltando somente a revogação explícita.

Busca-se demonstrar que a Súmula nº 656 do Supremo Tribunal Federal (STF) está superada diante do panorama normativo em que encontra-se o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis *Inter Vivos* (ITBI) e a evolução jurisprudencial do STF quanto a progressividade de alíquotas para os impostos reais.

Este artigo está a ser desenvolvido por meio do método hipotético-dedutivo, pois busca-se analisar o imposto objeto de estudo, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais já formulados para com isso poder afirmar uma tese.

Assim, pode-se afirmar que o trabalho possuiu como cunho principal a natureza qualitativa e bibliográfica. Visa-se o desenvolvimento desse a partir de doutrinas,



artigos e jurisprudência sobre o assunto que estão sendo reunidas nessa fase exploratória.

1. A APLICABILIDADE OU NÃO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E O SEU SUBPRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE AOS IMPOSTOS DE CARÁTER REAL

Uma das grandes problemáticas no Brasil refere-se a má distribuição de renda, sendo essa agravada pela desigualdade de tributação que contribui para a sua concentração. E esse panorama se aprofundou ainda mais com o antigo posicionamento do STF que entendia não ser cabível a aplicação do Princípio da Capacidade Contributiva aos impostos de natureza real.

Cabe lembrar que os antigos precedentes do STF se fundamentavam em doutrina italiana, vedando o cabimento da progressividade de alíquotas nos impostos de natureza real, sendo só admitida mediante expressa referência no texto constitucional.

Primeiramente, cabe esclarecer que parte da doutrina entende o Princípio da Progressividade como subprincípio do Princípio da Capacidade Contributiva, como Luciano Amaro¹, e outra parte compreende como dois princípios distintos, como Hugo de Brito Machado². Neste trabalho considera-se o primeiro posicionamento por ser entendido como o mais adotado.

Cabendo ressaltar que Princípio da Capacidade Contributiva tem como seu principal fundamento o art.145, §1º, CRFB/88³. Sendo que esse princípio surgiu na Constituição do Brasil de 1824.

Deve-se entender por tributo progressivo aquele que se majora uma variável relativa à pessoa ou ao objeto a sofrer a tributação⁴. Ou seja, uma pessoa que tem renda maior deve ter uma alíquota de Imposto de Renda -IR- mais elevada, pois cobrar uma mesma alíquota de quem ganha mais e de quem ganha menos rendimento é onerar esse em demasia. Contudo, quem olha superficialmente pode pensar que os gravames são equivalentes.

¹AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.140

²MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2004. p.142

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 de mar. 2019.

⁴MACHADO, Hugo de Brito. *Manual de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p.112

Esse exemplo demonstrou a possibilidade da progressividade em razão da base de cálculo, possuindo caráter fiscal, o que em regra acontece, mas pode ocorrer a progressividade em razão do tempo em que um imóvel passa a descumprir a sua função social, como no caso do IPTU progressivo, aqui o caráter é extrafiscal. Essa pode ser vista como uma função punitiva, excepcionando o art.182, §4º, inciso II, da CRFB/88⁵.

Diante disso, a progressividade tributária em suas espécies é compreendida como uma técnica de diferenciação de incidência de alíquotas que tem por objetivo a igualdade material.

Todavia, pode-se afirmar que a progressividade também induz uma legislação de maior complexidade e de maior desestímulo a atividade econômica.

Diante do exposto, pode-se perceber que em alguns momentos do passado o STF não teve uma posição coerente com o art.145, da CRFB/88⁶, pois o artigo não diz que a pessoalização e a capacidade econômica não se aplicam aos impostos de caráter real, mas somente aos de caráter pessoal. Isto é, na verdade o STF entendia cabível a progressividade nos impostos reais somente quando expressa na Constituição, sabendo-se que esta ressalva foi concebida por interpretação deles e não havendo isso na Constituição de 1988.

O STF apegava-se aos termos “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”, do art.145 da CRFB/88⁷ e dava aplicação restrita, se referindo somente impostos de caráter pessoal.

Os impostos entendidos como de caráter real são aqueles que não levam em consideração o sujeito passivo e suas características pessoais, mas somente considerações objetivas e econômicas. Enquanto que os pessoais nos quais eles defendem que pode ser aceita a progressividade são os em função da pessoa do obrigado⁸.

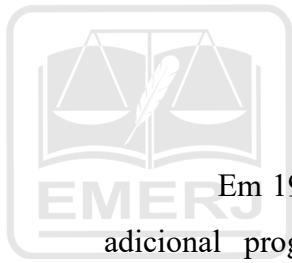
Para se compreender melhor toda essa questão deve-se analisar o contexto histórico apresentado a seguir.

⁵BRASIL, op. cit., nota 3.

⁶Ibid.

⁷Ibid.

⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 16 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p.377.



Em 1975 teve o RE nº 69.784⁹ no qual foi decidida a inconstitucionalidade do adicional progressivo do IPTU quanto a considerar o número de imóveis do proprietário, isso foi com relação a Lei Municipal nº 614/64¹⁰ de Americana, São Paulo¹¹. Mas ressalta-se que havia já o entendimento do cabimento da progressividade com base no valor venal do imóvel.

Em 1997 o STF restringe ainda mais o entendimento firmado acima, no RE nº 153.771-0/MG¹², vinculando o Princípio da Capacidade somente aos impostos pessoais.

Cabe também recordar o RE nº 234.105¹³ o qual declarou inconstitucionais as alíquotas progressivas do ITBI.

Já em 2000, houve uma significativa mudança no mundo jurídico devido a Emenda Constitucional nº 29¹⁴ que incluiu no art. 156 o parágrafo 1º, da CRFB/88¹⁵. Nela se fez constar de forma expressa na Constituição de 1988 a progressividade de um imposto real, o IPTU, mas no caráter fiscal, já que, o caráter extrafiscal já havia forma expressa no art.182, §4º, inciso II, da CRFB/88¹⁶.

Logo em seguida, veio a Emenda Constitucional nº 42/03¹⁷ que deu nova redação ao art.153,§ 4º e incluiu o inciso I, da CRFB/88¹⁸ deixando evidente a possibilidade de progressividade para o Imposto Territorial Rural -ITR- e do Imposto de Propriedade de Veículos Automotores -IPVA-, por meio da inclusão do §6º, inciso I, no art.155, da CRFB/88¹⁹.

Essas emendas esvaziaram e deixaram insubsistentes os argumentos utilizados pelo STF para vedar a aplicação desses princípios aos impostos reais.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 69.784/SP*. Relator: Min. Djaci Falcão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28614%2F64%29&base=baseA cordaos&url=http://tinyurl.com/yy8vgnfr>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

¹⁰ BRASIL. *Lei Municipal nº 614/64*. Disponível em: <https://www.americana.sp.gov.br/americanaV6_in dex .ph p>. Acesso em: 24 mar. 2019.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 234.105-3/SP*. Relator: Min. Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=254529>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 153771-0/MG*. Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211634>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 11.

¹⁴BRASIL. *Emenda Constitucional nº 29*, de 13 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm>. Acesso em: 24 mar. 2019.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁶ Ibid.

¹⁷BRASIL. *Emenda Constitucional nº 42*, de 19 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm>. Acesso em: 24 mar. 2019.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁹Ibid.

Com essas mudanças legislativas o STF veio flexibilizando seu entendimento quanto a possibilidade de aplicação do Princípio da Capacidade Contributiva e o subprincípio da Progressividade para os impostos de caráter real com o fim de se alcançar a igualdade tributária.

Vale lembrar o tradicional doutrinador Ruy Barbosa Nogueira “O princípio da capacidade contributiva é um conceito econômico e de justiça social, verdadeiro pressuposto da lei tributária”²⁰.

Ressalta-se que essa flexibilização não foi total e nem tão rápida, pois no RE nº 346.829 AgR, do relator Ministro Marco Aurélio de 2011²¹ ainda prevaleceu o entendimento do não cabimento de alíquotas progressivas para o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI). Inclusive com base neste acórdão foi feita a Súmula nº 656 do STF²², estabelecendo a inconstitucionalidade de leis que preverem alíquotas progressivas para o ITBI, não prevalecendo nesse caso o alcance da igualdade tributária.

Porém, no final do ano de 2013, o STF em sede de repercussão geral no RE nº 562045/RS²³ e após longa discussão entendeu pela possibilidade da progressividade para o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação - ITCMD.

Devido a esse acórdão os tribunais vem entendendo pelo cabimento desse princípio ao ITBI, até mesmo por causa da questão da igualdade que está nas grandes questões jurídicas. Assim, levanta-se a questão se está ou não superada a Súmula nº 656 do STF²⁴, apesar dessa estar ainda plenamente eficaz, ou seja, não foi expressamente revogada.

Foram longos anos de análises do cabimento ou não do Princípio da Capacidade Contributiva e do seu subprincípio da Progressividade aos impostos de caráter real. Em suma, pode-se falar em uma evolução ou melhor dizendo um amadurecimento de teses para entender que cabe em alguns impostos reais esses

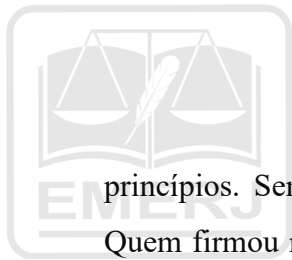
²⁰PAOLIELLO, Patrícia Brandão. O princípio da capacidade contributiva. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, nº 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4138>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 346.829 AgR/MG*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619975>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

²²BRASIL. *Sumula nº 656 do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2151>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 562045-RG/RS*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

²⁴BRASIL, op.cit., nota 22.



princípios. Sem se esquecer que isso se deu visando a igualdade material tributária. Quem firmou mesmo o entendimento pela aplicabilidade foi o constituinte derivado ao fazer as emendas constitucionais para alguns impostos reais²⁵.

Contudo, como já dito acima, eles não podem ser aplicados indiscriminadamente, apesar de, por um ponto de vista gerar igualdade entre as pessoas, por outro ponto pode levar a uma maior complexidade na formulação de leis, além de desestímulo a atividade econômica.

2. HÁ INFLUÊNCIA OU NÃO DA MUDANÇA DE PARADIGMA JURISPRUDENCIAL NO STF EM RELAÇÃO AO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO (ITCMD) EM RELAÇÃO A ALÍQUOTA DO ITBI?

A eminente controvérsia teve início com a promulgação da Lei nº 11.154 de 1991²⁶ da Prefeitura Municipal de São Paulo. No art. 10²⁷ dessa lei foi estabelecida a alíquota progressiva do ITBI, ou seja, seria a alíquota majorada de maneira diretamente proporcional ao aumento da base de cálculo.

Primeiramente o Tribunal de Justiça de São Paulo veio a declarar a inconstitucionalidade dessa lei, depois o STF proferiu acórdão no sentido de vedar a progressividade da alíquota do ITBI, mas admitiu de forma expressa a progressividade quanto ao ITCMD no ARE nº 1.109.297 São Paulo²⁸.

Porém, o posicionamento mais importante do STF veio com o julgamento da constitucionalidade do dispositivo da Lei nº 8.821 de 1989²⁹ do Estado do Rio Grande do Sul, o qual instituiu alíquota progressiva para o imposto transmissão causa mortis e doação. O STF promulgou acórdão, RE nº 562045³⁰, sobre a constitucionalidade desse

²⁵PAOLIELLO, op. cit., nota 20.

²⁶BRASIL. *Lei nº 11.154*, de 30 de dezembro de 1991. Disponível em: <RE <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/1991/1115/11154/lei-ordinaria-n-11154-1991-dispoe-sobre-o-imposto-sobr-e-transmissao-inter-vivos-a-qualquer-titulo-por-ato-oneroso-de-bens-imoveis-por-natureza-ou-acessao-fisica-e-de-direitos-reais-sobre-imoveis-exceto-os-de-garantia-bem-como-cessao-de-direitos-a-sua-aquisicao-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

²⁷Ibid.

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 1.109.297/SP*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313799843&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

²⁹BRASIL. *Lei nº 8821*, de 27 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=19586&hTexto=&Hid_IDNorma=19586>. Acesso em: 24 jun. 2019.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 23.

dispositivo da lei em 2013 com fundamento no Princípio da Igualdade Material Tributária e com observância do Princípio da Capacidade Contributiva.

Foi a partir desse precedente que tribunais estaduais passaram a entender constitucionais os dispositivos das legislações que instituíram a progressividade do ITCMD.

Esse acórdão rompeu com o posicionamento anterior que afirmava não haver essa regulamentação na Constituição e de que só caberia a progressividade para os impostos pessoais, cabendo lembrar que a Emenda Constitucional nº 29³¹ já havia permitido ao alterar o §1º, do art.156, da CRFB/88³², expressamente a progressividade do IPTU (imposto classificado também como de caráter real).

Frise-se que o legislador em momento algum vedou expressamente a aplicação da capacidade contributiva aos impostos de caráter pessoal.

Inclusive, esse paradigma mesmo sem a alteração formal do texto constitucional é o responsável por diversos doutrinadores entenderem cabível a progressividade da alíquota do ITBI. Isso, devido ao ITBI ser um imposto de caráter real e sua possibilidade de progressividade não se encontrar prevista na Constituição. Também com base nos princípios da igualdade material e da capacidade contributiva. Pode-se dizer que há falta de coerência jurisprudencial com relação a impostos por vez similares.

O Ministro Eros Grau no voto que abriu a divergência deste acórdão afirmou “Todos os impostos estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, mesmo os que não tenham caráter pessoal, e que o que esse dispositivo [art. 145, §1º³³] estabelece é que os impostos, sempre que possível, deverão ter caráter pessoal. [...]”³⁴.

Cabe ressaltar que o artigo da lei gaúcha objeto deste RE foi alterado enquanto ainda corria o processo, sendo reintroduzida a alíquota única, o que foi ressaltado pelo Min Eros Grau ao deixar claro que isso não faria com que fosse declarada a perda do objeto desta ação. Pois a alíquota única não beneficiaria os contribuintes no patamar igual ou inferior àquele dispositivo na lei adversada, como também não havia previsão de restituição ou compensação quanto ao recolhimento superior³⁵.

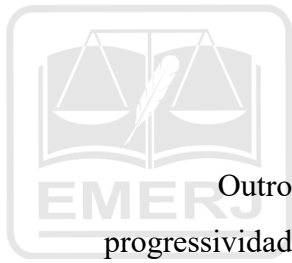
³¹BRASIL,op.cit., nota 14.

³²BRASIL,op.cit., nota 3.

³³ Ibid.

³⁴ BRASIL,op.cit., nota 29.

³⁵ Ibid.



Outro ponto importante a ser destacado nesse voto é quanto a evidência da progressividade no ITCMD não poder ser confundida com o caráter confiscatório, pois haveria controle de teto das alíquotas pelo Senado Federal³⁶, conforme art. 155, §1º, IV, CRFB/88³⁷.

De acordo com o entendimento do Ministro Eros Grau, Gustavo Vital na Revista de Direito Tributário e Finanças Públicas expõe que a possibilidade da progressividade da alíquota do ITBI seria benéfico aos municípios devido ao Princípio da Autonomia Financeira, estabelecido constitucionalmente aos entes federativos, e também seria importante para a realização de forma mais plena do princípio democrático do art.1 e art. 60, §4º, da CRFB/88³⁸, na medida que deixaria a critério da população de cada ente municipal o devido sistema de tributação³⁹.

Saliente-se que o ITBI somente incide nas operações de transmissão de bens imóveis quando elas houverem sido regularmente registradas no cartório competente, isto é, mediante o registro no cartório de registro imobiliário. Sendo notório no mundo jurídico de que se o registro não ocorreu também não se consumou a transmissão de propriedade e conseqüentemente não houve o fato gerador do ITBI⁴⁰.

A progressividade no ITBI pode ser vista tanto nas alíquotas progressivas em razão do valor do imóvel, como também junto com a seletividade em relação a outros signos, como localização, a destinação ...

Como já retratado o ITCMD e o ITBI são muito similares devidos a diversos aspectos, uma vez que também se originaram no mesmo imposto de transmissão. Ambos são impostos de caráter direto, reais, fiscais e possuem base de cálculo semelhante. Devido a isso tudo há grande questionamento doutrinário, principalmente, do motivo da progressividade ser aceita para a alíquota do ITCMD e não para a alíquota do ITBI.

Entende-se que a mudança de paradigma para o ITCMD influencia de modo direto e preciso a questão da progressividade da alíquota do ITBI e por questão de

³⁶Ibid.

³⁷BRASIL, op.cit., nota 3.

³⁸Ibid.

³⁹OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital. *A progressividade do ITBI e o federalismo Fiscal*. Disponível em: <https://www.academia.edu/39037932/Federalismo_fiscal_e_competição_financeira_entre_munic%C3%ADpios_pela_participação_na_arrecadação_do_ICMS>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁴⁰PINTO JUNIOR, Moacir. *O fato gerador do ITBI*. *Âmbito Jurídico*, n. 43, jul. 2007. Não paginado. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4122>. Acesso em: 29 jun. 2019.

coerência e hermenêutica jurídica os tribunais superiores deverão reapreciar os fundamentos utilizados com relação a aplicação da progressividade e conseqüentemente da capacidade econômica ao ITBI.

3. PODE-SE CONSIDERAR SUPERADA A SÚMULA Nº 656 do STF?

Após um longo período de discussão na jurisprudência brasileira, sobre a possibilidade de se estabelecer alíquotas progressivas para o ITBI, foi editada a Sumula nº 656 do STF⁴¹ em 2003, esta, por sua vez, adveio de entendimentos de ser inconstitucional e inviável a aplicação do princípio da capacidade contributiva aos impostos de caráter real, em especial, ao ITBI⁴².

Embora, essa sumula editada pelo STF não possua efeito vinculante, ela evidentemente torna mais dificultosa e morosa nova discussão por instâncias inferiores e no próprio STF acerca da possibilidade da progressividade da alíquota do ITBI.

Pode-se observar que há uma certa divergência e incompatibilidade quanto a Emenda Constitucional nº 29 de 2000⁴³, a qual fez constar expressamente na Constituição Federal de 1988 no art. 156, § 1º⁴⁴, a progressividade da alíquota do IPTU no caráter fiscal.

Isso, fora a evidente incompatibilidade também com a EC nº 42/2003⁴⁵, a qual possibilitou a progressividade no Imposto Territorial Rural, ITR, e no Imposto de Propriedade de Veículos Automotores, IPVA, por meio dos respectivos artigos 153, §4º, inciso I⁴⁶ e artigo 155⁴⁷, ambos da CRFB/88.

É evidente que o constituinte derivado vinha, por meio de sucessivas emendas constitucionais, posicionando-se no sentido da compatibilidade da progressividade das alíquotas nos impostos reais.

Como pode-se perceber esse assunto da progressividade das alíquotas em impostos de caráter real até hoje é permeado de muitas peculiaridades e inconsistências se olhar um todo.

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 22.

⁴²PAOLIELLO, op. cit., nota 20.

⁴³BRASIL, op.cit., nota 14.

⁴⁴BRASIL,op.cit., nota 3.

⁴⁵BRASIL, op. cit., nota 17.

⁴⁶BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴⁷Ibid.



Conforme evidenciado acima, no ano de 2003 foi editada Emenda Constitucional nº 42⁴⁸ entendendo pela possibilidade da progressividade e o STF entendendo pela não progressividade do ITBI.

Logo, o fato do STF ainda manter suas Súmula nº 656⁴⁹ e Súmula nº 668⁵⁰ demonstra a incoerência entre princípios, bem como uma opção estritamente positivista, já que o STF só aceitou a progressividade fiscal do IPTU após a EC nº 29 de 2000⁵¹. Essa posição positivista ia contra a construção de um Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se que a tese de que a progressividade não seria aplicável aos impostos reais decorreu de construção jurisprudencial do STF e passa a ser modificada com o julgamento do RE nº 562.045⁵².

Já, nesse RE em 2013, o STF julgou plenamente constitucional a progressividade das alíquotas do ITCMD, de acordo com o Princípio da Capacidade Contributiva e por uma questão de coerência e hermenêutica deveria conduzir a reapreciação dos fundamentos quanto ao entendimento sobre o ITBI.

Evidencie-se uma necessidade de adoção de uma concepção única de direito que garanta a isonomia e justiça entre os indivíduos, bem como garanta efetividade aos objetivos e valores estabelecidos nos primeiros artigos da Constituição, esses, objetivos e valores, devem figurar como vetores interpretativos.

Ficou superado, com esse julgamento, que não é considerada uma vedação implícita da Constituição a possibilidade de progressividade das alíquotas não constar expressamente no texto constitucional, ou seja, a posição positivista do STF⁵³.

Além disso, também restou superado o entendimento que a graduação somente seria para impostos de caráter pessoal. É cabível lembrar que em momento algum o legislador atribuiu a capacidade contributiva somente aos impostos de caráter pessoal, a interpretação quanto a vedação adveio somente por não haver autorização legal, por isso há crítica quanto ao positivismo aplicado pelo STF⁵⁴.

Com base na evolução jurisprudencial do STF sobre o tema, é notório que a Corte tem se posicionado cada vez mais abertamente à universalização do Princípio da

⁴⁸BRASIL, op. cit., nota 17.

⁴⁹BRASIL, op. cit., nota 22.

⁵⁰BRASIL. *Sumula nº 668 do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1521>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

⁵¹BRASIL, op. cit., nota 14.

⁵²BRASIL, op. cit., nota 23.

⁵³PAOLIELLO, op. cit., nota 20.

⁵⁴Ibid.

Capacidade Contributiva, da Progressividade e da Isonomia Material cujo fim é alcançar a justiça tributária e a diminuição de desigualdades.

Hoje, verifica-se que o ITBI é um tributo de alíquota proporcional, isto é, a alíquota se mantém fixa diante da variação da sua base de cálculo, que é o valor venal do bem ou do direito real. Isso, por exemplo, faz com que adquirentes de pequenos imóveis paguem a mesma alíquota que aqueles que adquiriram imóveis mais caros e vultuosos⁵⁵.

A possibilidade de alíquotas progressivas faria com que os adquirentes de imóveis de valor venal menor arcassem com menos tributação, enquanto que os adquirentes dos imóveis de valor venal maior arcassem com maior tributação, seria a cobrança tributária conforme a capacidade exteriorizada por cada um.

Há que se lembrar que atualmente há exceções concedendo isenções quanto ao ITBI para os imóveis cujo valor venal é inferior a certo patamar, estejam situados em áreas de risco ou áreas desfavorecidas e outras hipóteses, conforme legislação de cada estado, isso para a preservação de um mínimo dignidade humana⁵⁶.

Logicamente, cada ato pode gerar diversas consequências, por um lado pode levar a maior igualdade material entre as pessoas, mas se não houver um grande estudo para a sua aplicação poderá acarretar em um grande desestímulo a atividade econômica e uma enorme complexidade de leis.

Entende-se que a Súmula nº 656 do STF⁵⁷ a época de sua edição tinha mais consonância com o antigo posicionamento da Corte sobre o tema, contudo, ao longo dos anos o STF veio mudando seu posicionamento no sentido de aceitar a progressividade, sem previsão constitucional, para os impostos de caráter real. Assim, pode-se afirmar que a adoção da progressividade do ITBI não depende de alteração formal do texto constitucional.

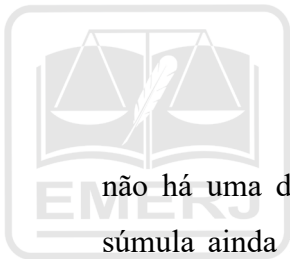
Em tese, portanto, é possível a progressividade fiscal da alíquota em relação ao ITBI, conforme o Princípio da Capacidade Contributiva, só há que ser regulamentada com antecedência. Entende-se que a Súmula nº 656 do STF⁵⁸ está superada, mas ainda

⁵⁵ROSENBLATT, Paulo; PEREIRA, Juliana Studart. Alíquotas progressivas no imposto sobre a transmissão de bens imóveis: proposta de superação da súmula 656 do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 215, p. 195-212, jul./ set. 2017. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/rilv54n215p195>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

⁵⁶BRASIL. *SMF*. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/smf/exibeconteudo?id=142031>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

⁵⁷BRASIL, op. cit., nota 22.

⁵⁸Ibid.



não há uma declaração expressa e vinculante pelos tribunais superiores. Como essa súmula ainda não foi revogada, ela está vigente no ordenamento jurídico e pode ser aplicada.

CONCLUSÃO

Compreende-se, ao término deste artigo, que o STF por muitos anos proferiu decisões no sentido de não ser cabível a progressividade da alíquota para os impostos de caráter real, isso com base em que seria mais harmônica com o imposto de caráter pessoal, por levar em consideração características individuais dos contribuintes, e por não ter autorização expressa pela Constituição. Devido a esse entendimento o STF proferiu súmula nesse sentido, a qual, hoje, doutrina e jurisprudência, entendem estar superada, apesar de ainda não ter sido expressamente revogada.

Com relação a primeira divergência apresentada, depois de muita discussão doutrinária e jurisprudencial, considera-se pacificado que tanto os impostos de caráter pessoal e quanto os de caráter real podem possuir alíquotas progressivas, conforme o princípio da capacidade contributiva. Não há que se esquecer que para a legal aplicação é necessário a devida previsão legislativa.

A alteração do entendimento do STF e sua pacificação veio em 2013 com o acórdão do RE nº 562.045/RS, no qual reconheceu a progressividade da alíquota do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD). Pode-se perceber que quebrou totalmente com o antigo entendimento, já que, este é de caráter real e não há previsão permitindo a progressividade expressamente na Constituição.

Deixa-se claro que independente da classificação tributária em que estejam, o cerne perseguido é o princípio constitucional da igualdade tributária. Até porque sabe-se que a Constituição tem como um de seus objetivos estabelecidos a construção de uma sociedade, livre, justa e solidária, na qual seus cidadãos participam dos gastos públicos na medida de sua capacidade contributiva.

O que ainda é responsável por um embate acadêmico, doutrinário e jurisprudencial é a jurisprudência antiga do STF negando a aplicação da progressividade para o ITBI sendo que o ITCMD é um imposto com muitas similaridades.

Dessa antiga jurisprudência originou-se a Súmula nº 656 do STF, a qual proíbe expressamente a progressividade da alíquota do ITBI com base no valor venal do imóvel.

O cerne deste artigo é demonstrar os motivos pelo qual se entende que apesar de estar em vigor essa súmula ela deve ser considerada superada. Como apresentado, os argumentos utilizados pelo Tribunal para não permitir a aplicação do Princípio da Capacidade Contributiva para o ITBI foram afastados pelos próprios ministros no julgamento do RE acima citado.

Demonstra-se que a mudança de posicionamento pelo STF quanto ao ITCMD influenciou cabalmente o ITBI por sua similaridade, há claramente uma inclinação para a igualdade tributária e a justiça fiscal, o que se acredita que acarretará na revogação expressa da referida súmula.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 de mar. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 42*, de 19 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm>. Acesso em: 24 mar. 2019.

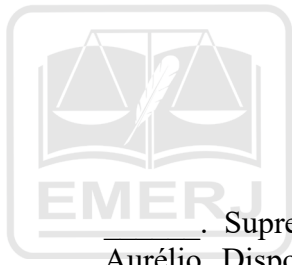
_____. *Lei Municipal nº 614/64*. Disponível em: <https://www.americana.sp.gov.br/americanav6_index.php>. Acesso em: 24 mar. 2019.

_____. *Lei nº 11.154*, de 30 de dezembro de 1991. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/1991/1115/11154/lei-ordinaria-n-11154-1991-dispoe-sobre-o-imposto-sobre-transmissao-inter-vivos-a-qual-quer-titulo-por-ato-oneroso-de-bens-imoveis-por-natureza-ou-acessao-fisica-e-de-direitos-reais-sobre-imoveis-exceto-os-de-garantia-bem-como-cessao-de-direitos-a-sua-aquisicao-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

_____. *Lei nº 8821*, de 27 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=19586&Hid_Texto=&Hid_IDNorma=19586>. Acesso em: 24 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 69.784/SP*. Relator: Min. Djaci Falcão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28614%2F64%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yy8vgnfr>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 153771-0/MG*. Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211634>>. Acesso em: 24 mar. 2019.



_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 346.829 AgR/MG*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619975>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 562045-RG/RS*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?DocTP=AC&docID=630039>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE n° 1.109.297/SP*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313799843&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

_____. *Sumula n° 656 do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2151>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. *Sumula n° 668 do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1521>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. *SMF*. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/smf/exibeconteudo?id=142031>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. *Manual de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital. *A progressividade do ITBI e o federalismo Fiscal*. Disponível em: <https://www.academia.edu/39037932/Federalismo_fiscal_e_competi%C3%A7%C3%A3o_financeira_entre_munic%C3%ADpios_pela_participa%C3%A7%C3%A3o_na_arrecada%C3%A7%C3%A3o_do_ICMS>. Acesso em: 20 jun. 2019.

PAOLIELLO, Patrícia Brandão. O princípio da capacidade contributiva. *Revista Jus Navigandi*, ISSN1518-4862, Teresina, ano 8, n° 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4138>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

PINTO JUNIOR, Moacir. *O fato gerador do ITBI*. *Âmbito Jurídico*, n. 43, jul. 2007. Não paginado. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4122>. Acesso em: 29 jun. 2019.

ROSENBLATT, Paulo; PEREIRA, Juliana Studart. Alíquotas progressivas no imposto sobre a transmissão de bens imóveis: proposta de superação da súmula 656 do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 215, p. 195-212, jul./ set. 2017. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/rilv54n215p195>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 16 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

O IMPACTO DAS *FAKE NEWS* SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
UM ESTUDO SOBRE OS MECANISMOS DE COMBATE À SUA DISSEMINAÇÃO,
COM RELEVO AO USO DE *BOTS* NA PRODUÇÃO DE *FAKE NEWS* EM MASSA NA
INTERNET

Manuela Banhato de Oliveira Freitas

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

Resumo - Atualmente a temática da disseminação de *fake news* na internet é muito discutida. Normalmente o debate é feito com a ponderação constitucional entre os direitos à honra, à imagem e à privacidade, frente aos direitos de liberdade de manifestação de pensamento e expressão, liberdade de informação jornalística e a proibição à censura prévia. Contudo, no cenário eleitoral a discussão sobre o tema ganha especial relevância por envolver também questões mais sensíveis, como o direito ao bom exercício da cidadania, à democracia e ao próprio Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o trabalho busca abordar as *fake news* dentro desse contexto específico, pautando-se em uma ponderação constitucional e apontar uma possível solução para o combate das *fake news* na internet, especialmente no tocante ao uso de *bots* na produção de *fake news* em massa na internet, eis que tal prática caracteriza verdadeiro abuso do poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação social para fraudar todo o sistema eleitoral.

Palavras-chave - Direito Constitucional. *Fake News*. Estado Democrático de Direito. Democracia. Cidadania Ativa.

Sumário - Introdução. 1. O impacto da disseminação virtual de *fake news* no cenário eleitoral: uma discussão pautada na democracia e na cidadania como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. 2. A ponderação entre os direitos fundamentais constitucionais envolvidos na eliminação das *fake news* na internet. 3. O combate das *fake news*, especialmente em relação ao uso de *bots* na produção de *fake news* em massa na internet. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o impacto da disseminação de *fake news* no cenário eleitoral sobre o Estado Democrático de Direito, bem como os mecanismos de combate de tal prática adotados pelo Brasil. Procura-se demonstrar a ineficácia dos instrumentos previstos no ordenamento jurídico brasileiro e busca-se esclarecer a melhor solução para o problema apresentado, especialmente no tocante ao uso de *bots* na produção de *fake news* em massa na internet.

A prática da divulgação de *fake news* com fins eleitorais não é recente. Trata-se de um mecanismo muito eficaz utilizado há anos no cenário de disputas políticas para influenciar o eleitorado, com o objetivo de enfraquecer determinadas candidaturas e beneficiar outras.

Entretanto, atualmente, com o advento da internet tal prática alcança proporções nunca antes vistas.

No mundo virtual, as *fake news* possuem uma potencialidade lesiva muito maior diante do alargamento em grande escala do alcance das publicações na internet, bem como da possibilidade de produção em massa de notícias falsas por meio de robôs. Soma-se ainda ao trabalho de empresas de publicidade especializadas em coletar dados pessoais dos usuários das redes sociais para criar e lhes direcionar *fake news* personalizadas.

Dessa forma, no âmbito do cenário eleitoral, a prática de disseminação de *fake news* pode representar uma afronta à legitimidade e à normalidade das eleições, sendo capaz de manipular a vontade do eleitor e desequilibrar o pleito eleitoral. Em última análise, o próprio Estado Democrático de Direito resta fragilizado como consequência da ofensa aos seus princípios fundamentais, a democracia e o direito ao bom exercício da cidadania.

Nesse sentido, o país deve buscar soluções para a eliminação das *fake news* na internet, principalmente no período eleitoral. Contudo, atualmente o ordenamento jurídico brasileiro não possui instrumentos aptos a combater o problema das *fake news* de forma efetiva. Discute-se se o melhor caminho seria criminalizar tal prática diante de uma ponderação entre os direitos constitucionais envolvidos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a proposta de discutir em qual medida a disseminação virtual de *fake news* no cenário eleitoral macula a democracia e o exercício do direito de cidadania, colocando em risco as próprias eleições e demandando uma conduta mais enérgica do Estado, eis que o voto pressupõe a manifestação de vontade livre e consciente do eleitor no Estado Democrático de Direito. Para melhor compreensão do tema, busca-se conceituar e caracterizar as *fake news*.

No segundo capítulo, pretende-se questionar se é possível eliminar as *fake news* na internet uma vez que as publicações feitas em redes sociais constituem verdadeiro direito à liberdade de informação, expressão e manifestação de pensamento. Nessa perspectiva, realiza-se uma ponderação entre os direitos e princípios fundamentais envolvidos, bem como busca-se demonstrar a ineficácia dos mecanismos de combate à *fake news* adotados pelo Brasil.

Por fim, no terceiro capítulo almeja-se analisar até que ponto a maior eficiência ao combate das *fake news*, especialmente quando há o uso de *bots*, seria imputar uma conduta criminal aos agentes propulsores da falsa notícia com fins eleitorais ao invés de tão só responsabilizar civilmente os provedores e sites, que deveriam assumir o seu papel na problemática.

A presente pesquisa é produzida por meio do método hipotético-dedutivo, em que a pesquisadora se propõe a selecionar um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para análise do objeto da pesquisa, com o objetivo 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. O IMPACTO DA DISSEMINAÇÃO VIRTUAL DE *FAKE NEWS* NO CENÁRIO ELEITORAL: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NA DEMOCRACIA E NA CIDADANIA COMO PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Atualmente a democracia enfrenta um novo tipo de ameaça. As eleições no mundo inteiro têm sido disputadas cada vez menos nos palanques e debates presenciais e cada vez mais nas redes sociais. Nessa perspectiva, os efeitos das *fake news* aliadas à internet ganham particular relevância no âmbito do período eleitoral, sendo potencialmente lesivos diante do alcance que as informações podem obter.

A Lei nº 13.488/2017 alterou a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997¹) para permitir que os candidatos possam realizar propaganda eleitoral na internet, bem como patrocinar suas postagens, impulsionando o alcance das propagandas políticas nas plataformas virtuais, como redes sociais, aplicativos de mensagens instantâneas (*whatsapp*), e-mails e blogs. No *facebook*, por exemplo, a ferramenta permite que se filtre e escolha o perfil do usuário a quem será destinada e entregue a propaganda política, garantindo um maior êxito das campanhas.

O problema é que tal procedimento esconde diversas práticas abusivas de disseminação de *fake news*, subornos e outras práticas condenáveis.² Em que pese a nova redação da Lei nº 9.504/1997³ proibir em seus arts. 57-B, §§2º e 3º e 57-D o uso de robôs, perfis falsos ou anônimos para as propagandas eleitorais na internet, tais práticas são extremamente comuns e possuem consequências graves.

Nesse sentido, a conceituação e a caracterização das *fake news* é de suma importância para evitar que, na ânsia de combatê-las, os operadores do direito acabem por

¹ BRASIL. *Lei das Eleições nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

² CHANNEL 4 NEWS. *Cambridge Analytica uncovered: secret filming reveals election tricks*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mpbeOCKZfQ>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

³ BRASIL, op. cit., nota 1.



praticar atos de censura, violando direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Um dos maiores estudiosos do tema no Brasil, Anderson Schreiber⁴, conceitua as *fake news* como "notícias deliberadamente falsas que são difundidas pela internet para influenciar o público ou simplesmente confundi-lo".

Por sua vez, o Ministro Sérgio Banhos, quando do julgamento da Representação nº 0600546-70.2018.6.00.0000⁵ apontou dados de pesquisas⁶ que listam as principais características indiciárias de *fake news*, quais são "a manchete sensacionalista, a prevalência da primeira pessoa no texto, erros de gramática e coesão e o uso de palavras de julgamento e extremismo". Ainda, Banhos assinalou a urgência de um compromisso para garantir a regularidade do processo eleitoral como condição necessária e indispensável para a legitimidade das eleições.

Tal compromisso se justifica na medida em que o eleitorado é fortemente prejudicado ao ser bombardeado por notícias falsas compartilhadas pelos usuários das redes sociais. Ou seja, os cidadãos são enganados e confundidos por meio das *fake news*, o que vicia sua manifestação de vontade na hora do voto, caracterizando uma prática antidemocrática violadora dos princípios da democracia e da cidadania, fundamentais ao Estado Democrático de Direito.

Sob o aspecto político, a democracia representa uma forma de governo na qual todo o poder emana do povo. A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e adota o modelo de democracia semidireta, de forma que a participação dos cidadãos se dá mediante a escolha de seus representantes eleitos e, excepcionalmente, de forma direta.⁷

Ou seja, em um Estado Democrático de Direito, o governo é formado pela soberania popular por meio do sufrágio universal, o que pressupõe liberdade e igualdade. Nesse caso, a liberdade significa poder escolher livremente entre os partidos e candidatos existentes. Por sua vez, a igualdade permite que todos tenham voz e possam participar nessa escolha, sem haver qualquer tipo de discriminação injustificável baseada em cor, grau de instrução, gênero, origem social, etc.

⁴SCHREIBER, Anderson. *Verdades e mentiras sobre fake news*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/verdades-e-mentiras-sobre-fake-news-24052018>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

⁵BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Representação nº 0600546-70.2018.6.00.0000*. Relator: Ministro Sérgio Banhos. Disponível em: <http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2018/tse_0600546702018600000_0_07062018.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁶MUSSKOPF apud ibid.

⁷BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. art. 1º, § único, CRFB/88. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

Assim, considera-se que o resultado das eleições e os mandatos políticos só serão legítimos se houver a efetiva participação popular na sua formação. Tal ideia envolve diretamente o conceito de cidadania, que, no âmbito do direito eleitoral, possui sua abrangência mais restrita.

A cidadania é considerada um direito político fundamental que permite aos cidadãos participar dos assuntos do governo de forma direta ou por meio de seus representantes, e sobretudo, trata do direito de votar e ser votado nas eleições. Tais direitos são especialmente protegidos pela Constituição Federal que prevê no art. 14, §9º, CRFB/88⁸ a legitimidade e a normalidade das eleições como princípios fundamentais ao processo eleitoral.

Dessa forma, busca-se garantir que os cidadãos possam exercer o direito de votar de forma consciente a partir de concepções fundadas na verdade e realidade dos fatos, corolário da cidadania ativa. Sob o outro viés da cidadania, tutela-se o direito à igualdade de competição entre os candidatos que não podem ser prejudicados por práticas antidemocráticas.

Nesse contexto, as *fake news* no período eleitoral representam o pior cenário possível, retirando dos cidadãos o direito de receber informações autênticas e confiáveis para formar suas opiniões e, conseqüentemente, exercer livremente seus votos. O eleitor é levado ao erro e sua manifestação de vontade resta viciada e, portanto, ilegítima.

O Estado deve se alimentar de verdades e a retirada das *fake news* disseminadas na internet representaria uma tutela da igualdade de condições, do bem exercer da cidadania ativa e da legitimidade das eleições. Nesse sentido, o Ministro Sérgio Banhos⁹ defende que:

a intervenção da Justiça Eleitoral, até pela importância das mídias sociais (...) deve ser firme, mas cirúrgica. É saber estabelecer o contraponto entre o direito à liberdade de expressão, consagrado na Constituição Federal de 1988, e o direito também constitucional e sagrado de bem exercer a cidadania ativa, (...) buscando a aderência do resultado eleitoral a real vontade dos eleitores. É de cidadania e legitimidade que isso se trata.

Partindo do pressuposto de que é imprescindível a proteção da legitimidade das eleições em um Estado Democrático de Direito, cabe ao próprio Estado o dever de combater mais fortemente a disseminação de *fake news* durante o processo eleitoral. Contudo, a atuação estatal deve ser cautelosa e levar em consideração todos os contornos constitucionais possíveis, eis que a questão envolve o enfrentamento de direitos e garantias constitucionais, os quais devem ser analisados sob à luz de técnicas de ponderação, o que será objeto do próximo

⁸ Ibid.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 5.

2. A (IN)EFICÁCIA DOS MECANISMOS ADOTADOS PELO BRASIL PARA O COMBATE DE *FAKE NEWS* NA INTERNET E A PONDERAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS

Atualmente, o Ordenamento Jurídico Brasileiro não possui normas legais específicas e eficazes que tratem do combate às *fake news* ou da responsabilização de quem as elabora. Diante de uma demanda eleitoral que envolva tal controvérsia, os aplicadores do direito se valem de normas que, em regra, tutelam o direito à honra.

No Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), os arts. 324, 325 e 326¹⁰ prevêm como crime a propaganda eleitoral caluniosa, difamatória e injuriosa, enquanto o art. 297¹¹ criminaliza a conduta de quem impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio. No mesmo sentido, o art. 33, §4º da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97)¹² criminaliza a divulgação de pesquisas eleitorais fraudulentas. Ou seja, embora tratem sobre questões que envolvam ou possam envolver informações falsas atribuídas a outrem, nenhum dispositivo trata, especificamente, sobre a divulgação de *fake news* com fins eleitorais tendo por objeto material o próprio Estado Democrático de Direito, mas apenas com um viés de crime contra a honra.

Com o objetivo de criminalizar as *fake news*, recente alteração no Código Eleitoral trazida pela Lei nº 13.834/19¹³ passou a prever, no art. 326-A, o crime de "dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral". Contudo, o artigo é problemático, pois nem sempre a notícia falsa imputa um crime ou ato infracional a alguém, bem como nem sempre há a instauração de inquéritos ou processos judiciais. Nesse sentido, o artigo acaba por dificultar as denúncias que envolvem as *fake news* e acaba por ir de encontro ao seu combate.

A criminalização e a repressão da divulgação de *fake news* na internet tem gerado bastante polêmica, eis que esbarra em temas sensíveis como as liberdades constitucionais e a censura de informações. Em um Estado com histórico ditatorial como o brasileiro, é de suma

¹⁰ BRASIL. *Código Eleitoral*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 24 ago. 2019.

¹¹ Ibid.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1.

¹³ BRASIL. *Lei nº 13.834*, de 4 de junho de 2019. art. 326-A. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13834.htm>. Acesso em: 29 ago. 2019.

importância uma análise mais minuciosa e prudente para evitar a volta dos males já vividos no passado.

Dessa forma, o debate deve ser conduzido por técnicas de ponderação entre os princípios, direitos e garantias fundamentais sob análise. Os princípios são considerados mandados de otimização, não sendo possível identificar todas as suas hipóteses de incidência. Por sua vez, a Constituição Brasileira não prevê liberdades absolutas, de forma que toda liberdade constitucional é limitada por outros direitos fundamentais, razão pela qual em todo conflito deve-se ponderar as peculiaridades do caso concreto.

Portanto, deve-se enfrentar a questão sob o enfoque, de um lado, do princípio da democracia (art. 1º, CRFB/88)¹⁴; do direito ao bom exercício da cidadania ativa e passiva (art. 14, CRFB/88)¹⁵ e da legitimidade e normalidade das eleições (art. 14, §9º, CRFB/88)¹⁶, já tratados no capítulo anterior. Em oposição, encontra-se a liberdade de manifestação de pensamento e expressão (art. 5º, IV e IX CRFB/88)¹⁷ e a plena liberdade de informação jornalística (art. 220, §§1º e 2º, CRFB/88)¹⁸.

Assim como a democracia e a cidadania, as liberdades de expressão e de manifestação de pensamento também são essenciais ao Estado Democrático de Direito, pautado por ideais de tolerância e pluralismo de ideias. Nesse sentido, a liberdade de expressão em conjunto com a liberdade de manifestação de pensamento asseguram a livre exteriorização de ideais e opiniões pessoais, abrangendo não só aquelas consideradas favoráveis ou inofensivas, mas também aquelas impopulares ou que possam causar aversão ao público.

Tal direito é expressamente previsto no contexto do processo eleitoral. O art. 57-D, da Lei nº 9504/97¹⁹ prevê a liberdade de manifestação de pensamento durante o período de campanha eleitoral por meio da rede mundial de computadores. Por outro lado, a liberdade de informação jornalística é especialmente direcionada à imprensa e aos jornalistas. A Constituição Federal lhes garante o direito de expressar e publicar matérias e críticas à qualquer pessoa, "ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra autoridades e aparelhos de Estado."²⁰

Contudo, como já dito anteriormente, as liberdades não são absolutas. Diferentemente dos Estados Unidos em que a autonomia e a liberdade são elevados ao grau máximo, no

¹⁴ BRASIL, cit., nota 7.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.451*. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3938343>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

Brasil, os discursos de ódio, por exemplo, não estão abrangidos pela liberdade de manifestação do pensamento²¹. Há, portanto, limites previstos diretamente pela Constituição Federal, bem como outros decorrentes da ponderação entre esses e outros direitos fundamentais no caso concreto, como a privacidade, a honra, a imagem, etc.

Ainda, os próprios arts. 5º, IV e 220, §1º, CRFB/88²² retiram a proteção constitucional da manifestação de pensamento anônima. A vedação ao anonimato justifica-se na própria existência de limitações à tal liberdade, de forma que as consequências diante de um abuso ou crime praticado por meio do discurso manifestado devem recair sobre o seu autor. O sigilo da fonte previsto nos arts. 5º, XIV e 220, §1º, CRFB/88²³ só é aplicado para proteger o anonimato caso realmente exista uma informação jornalística com credibilidade e desde que observado o dever de verificação da veracidade das informações.

No caso específico da disseminação de *fake news* na internet no âmbito do processo eleitoral, a questão ganha contornos interessantes. Modernamente, qualquer pessoa comum pode virar uma fonte de informação na internet por meio de blogs, páginas em redes sociais, sites, etc. Contudo, o dever de observar a veracidade dos fatos previsto no Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros²⁴ é dirigido apenas aos próprios jornalistas e entidades de imprensa, não se aplicando, portanto, a todo e qualquer cidadão.

Entretanto, ainda que o indivíduo comum não tenha a obrigação legal de checagem da veracidade dos fatos, tal pode ser imposta diante da observância do próprio direito constitucional à informação (art. 5º, XIV, CRFB/88²⁵). O direito à informação abrange os direitos de informar, de se informar e de ser informado. Dessa forma, a informação falsa não é protegida pelo Ordenamento Jurídico, na medida em que a liberdade de informação possui uma função social de, justamente, informar corretamente a coletividade para que os cidadãos possam formar opiniões e tomar decisões baseadas na verdade dos fatos que os rodeiam.

O problema sobre as *fake news* recai sobre toda a dificuldade em identificar uma notícia deliberadamente falsa ou com intuito de enganar ou confundir os destinatários. Embora o Ministro Banhos²⁶ possa ter indicado as principais características das *fake news*, certo é que o seu reconhecimento no caso concreto é muito custoso diante da subjetividade

²¹ BRASIL. art. 5º, XLI. op. cit., nota 7.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Brasil. *Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros*. art. 7º. Disponível em: <<http://www.abi.org.br/institucional/legislacao/codigo-de-etica-dos-jornalistas-brasileiros/>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 5.

presente em seu conceito. Nesse sentido, Anderson Schreiber²⁷ aponta para o ônus excessivo que pode recair sobre os jornalistas, pois que "notícias equivocadas ou meramente incompletas poderiam acabar sendo tratadas como *fake news*, com grave prejuízo para a liberdade de informação no Brasil".

A preocupação com a censura que pode decorrer do combate às *fake news* é legítima, principalmente se levado em consideração o grave histórico de violações às liberdades de manifestação de pensamento e de imprensa quando da época da ditadura brasileira. Portanto, em regra, competirá apenas ao Poder Judiciário a possibilidade de intervenção para decretar proibições e somente em situações absolutamente excepcionais e constitucionalmente justificáveis.

Entretanto, conforme assevera o Ministro Celso de Mello²⁸, tal intervenção nunca poderá se dar mediante prévia repressão do pensamento, que caracteriza prática inaceitável de censura estatal. Por sua vez, o Ministro Luís Roberto Barroso²⁹ defende que a intervenção deve ser a última opção, utilizada somente para casos extremos. Nesse sentido, Barroso sustenta que a melhor forma de combater as *fake news* é com "uma imprensa de qualidade, conferência de fatos e com tecnologia que seja capaz de detectar robôs que estejam difundindo notícias falsas", razão pela qual há de se reconhecer o papel fundamental dos provedores de internet na solução do problema, o que será abordado no próximo capítulo.

3. O COMBATE DAS *FAKE NEWS*, ESPECIALMENTE EM RELAÇÃO AO USO DE *BOTS* NA PRODUÇÃO DE *FAKE NEWS* EM MASSA NA INTERNET

Há uma tendência mundial entre os estudiosos do tema em reconhecer que a solução ao problema enfrentado envolve mais a implicação das redes sociais do que a própria criminalização da conduta de disseminação de *fake news*. De fato, em regra, a imputação de conduta criminal aos agentes propulsores de *fake news* mostra-se ineficiente, principalmente no âmbito eleitoral.

O poder de persuasão das *fake news* é imensurável. Dessa forma, a grande preocupação dos candidatos que se dizem vítimas de *fake news* é a tutela da verdade por meio

²⁷ SCHREIBER, op. cit., nota 4.

²⁸ FREITAS, Hyndara. *Ministros dizem que combate a fake news não pode representar censura*. Disponível em: < <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/ministros-dizem-que-combate-a-fake-news-nao-pode-representar-censura-06062019>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

²⁹ Ibid.

da obtenção do direito de resposta³⁰ com o intuito de restaurar a verdade dos fatos e informar os eleitores corretamente.

No Brasil, a tutela da verdade na internet não abrange somente o direito de resposta previsto constitucionalmente, mas a possibilidade de retirada do conteúdo falso da internet. Anderson Schreiber³¹, ao tratar sobre o tema do combate as *fake news* na internet, assevera a necessidade de imputar responsabilidade às redes sociais, meio pelo qual as *fake news* são disseminadas.

A matéria é regulada pelo Marco Civil da Internet que substituiu o sistema do *notice and take down*, anteriormente adotado pelo STJ³². O provedor deveria retirar do ar o conteúdo entendido como ilícito dentro de 24 horas após receber uma notificação extrajudicial, sob pena de responsabilidade solidária com o autor do conteúdo.

Atualmente, o art. 19 do Marco Civil da Internet³³ condiciona a responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros ao descumprimento de uma ordem judicial específica que determine a indisponibilidade do conteúdo apontado como infringente. Ou seja, para a retirada do conteúdo do ar é necessária uma ordem judicial.

No âmbito da atual sistemática do *judicial notice and take down* o candidato, vítima de *fake news*, deve ajuizar um processo judicial, aguardar uma sentença de procedência para então obter a determinação de retirada do conteúdo. Levando em consideração que as ações judiciais costumam ser extremamente morosas no Brasil, e que, em contrapartida, o período eleitoral é comparativamente curto, a demora na obtenção da tutela jurídica representa um grave risco ao candidato. Ainda, quanto mais tempo a *fake news* estiver no ar, mais eleitores serão impactos por ela, tendo sua manifestação de vontade viciada na hora de votar e, conseqüentemente, podendo vir a alterar o próprio resultado das eleições.

O método adotado pelo Marco Civil da Internet é severamente criticado por Anderson Schreiber³⁴, que defende a inconstitucionalidade da exigência de notificação

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 7. Art. 5º, V.

³¹ SCHREIBER, Anderson. *Redes sociais, perfis falsos e liberdade de expressão*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/colunas/redes-sociais-perfis-falsos-e-liberdadeexpressao/18263>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.337.990*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34792427&num_registro=201102765398&data=20140930&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 2 set. 2019.

³³ BRASIL. *Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. art. 19. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 2 set. 2019.

³⁴ SCHREIBER apud FLUMIGNAN, Wéverton Gabriel Gomes. *Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. 2018. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

judicial por a considerar violadora dos direitos consolidados dos usuários. Dessa forma, segundo Schreiber³⁵, há uma necessidade de chamamento das redes sociais para a questão, a fim de pensar em uma maior regulamentação da utilização das redes sociais e seus termos de uso, com a imposição de um

criteroso exame de merecimento de tutela das disposições dos referidos termos de uso. E sua aplicação há de ser cercada da máxima informação à sociedade. Não se deve permitir falta de transparência, nem das páginas excluídas, nem das próprias plataformas virtuais, sobre o modo como realizam as análises que conduzem às exclusões.

Outra solução possível para um combate mais efetivo das *fake news* seria o desenvolvimento de algoritmos de inteligência artificial, especialmente na área de *natural language processing*. Segundo Irio Musskopf³⁶, a inteligência artificial é capaz de analisar o conteúdo e estimar a veracidade do material com a utilização de *machine learning* e linguística, permitindo a criação de uma ferramenta de verificação em tempo real.

Por outro lado, o Ministro Luís Roberto Barroso³⁷ questiona se a solução realmente se basearia na retirada da notícia falsa da internet ou tão só na colocação de um carimbo que indique a falsidade de seu conteúdo. Assim, Barroso³⁸ defende que, com a exceção de casos extremos, o combate às *fake news* deve pautar-se no investimento em uma imprensa de qualidade e na checagem de fatos, de forma a evitar atos de censura. No mesmo sentido, Anderson Schreiber³⁹ vê com bons olhos a parceria entre as empresas gestoras de redes sociais e agências de *fact checking* para implementar programas de verificação de notícias.

O problema maior, contudo, está na utilização de *bots* para produção e disseminação de *fake news* em massa nas redes sociais. Nesses casos, a notícia falsa é criada por meio de um perfil falso na rede social e é impulsionada por diversos outros perfis falsos. Rapidamente a notícia falsa atinge contas de pessoas de verdades que, por sua vez, as compartilham em suas redes sociais sem checar sua veracidade, viralizando a *fake news*.

Após o escândalo do caso da *Cambridge Analytica*⁴⁰, agência de publicidade

³⁵ SCHREIBER, op. cit., nota 31.

³⁶ MUSSKOPF, Irio. *A ciência da detecção de fake news*: Como pesquisadores têm usado inteligência artificial para detectar notícias falsas em inglês, sob o contexto político dos EUA. Disponível em: <<https://medium.com/@irio/a-ci%C3%Aancia-da-detec%C3%A7%C3%A3o-de-fake-news-d4faef2281aa>>. Acesso em: 02 set. 2019.

³⁷ PIMENTA, Guilherme. *'Ao tentar ser esfera pública digital online, internet frustrou expectativas'*. Disponível em : <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/ao-tentar-ser-esfera-publica-digital-online-internet-frustrou-expectativas-07052019>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

³⁸ FREITAS, op. cit., nota 28.

³⁹ SCHREIBER, op. cit., nota 4.

⁴⁰ CHANNEL 4 NEWS, op. cit., nota 2.

responsável pela campanha de marketing político-eleitoral que culminou na eleição de Donald Trump nos Estados Unidos, o mundo abriu os olhos para um novo tipo de propaganda político-eleitoral. A agência, especializada em coletar *big data* das redes sociais, chegou a firmar parceria com uma agência brasileira de consultoria para trabalhar nas eleições brasileiras de 2018⁴¹. Contudo, após o escândalo de diversas práticas ilícitas por parte da *Cambridge Analytica*⁴², a parceria foi suspensa⁴³.

Em tese, no cenário de disputa política no âmbito virtual, a estratégia desse tipo de empresa é traçar a personalidade dos usuários de internet com base em preceitos básicos de psicologia e nos chamados rastros digitais, ou seja, no caso do Brasil, todas as mais de 750 informações existentes sobre o indivíduo que podem ser encontrados em seus perfis nas redes sociais, no IBGE e no Serasa, por exemplo.⁴⁴

Dessa forma, as empresas são capazes de produzir campanhas de propagandas eleitorais extremamente mais pessoais para os diferentes setores da sociedade, pois não utilizam somente as classificações tradicionais de segmentação por classe social, localidade e gênero. Contudo, o êxito de tal prática encontra-se na já citada minirreforma eleitoral⁴⁵ promovida pelo Congresso Nacional que admitiu a realização de propaganda eleitoral na internet, bem como o seu impulsionamento.

A combinação da análise minuciosa dos dados pessoais dos eleitores com a possibilidade de impulsionar propagandas políticas na internet faz com que os usuários destinatários dos conteúdos sejam realmente impactados, eis que se identificam com as mensagens. Assim, as chances de compartilhamento do conteúdo aumentam sobremaneira, permitindo que as campanhas alcancem um número cada vez mais extraordinário de pessoas que partilham das mesmas visões de mundo, fomentando comportamentos e angariando votos para determinados candidatos.

Contudo, o que parecia um plano de marketing perfeito e inovador revelou-se como uma verdadeira máquina de produção de *fake news* em massa por meio de perfis falsos⁴⁶. Tais práticas não são admitidas pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, eis que o uso de perfis

⁴¹ ROSSI, Marina. *O marqueteiro brasileiro que importou o método da campanha de Trump para usar em 2018*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/11/politica/1507723607_646140.html>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁴² CHANNEL 4 NEWS, op. cit., nota 2.

⁴³ PACETE, Luiz Gustavo. *“Nenhum serviço da Ponte será interrompido”*. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/comunicacao/2018/03/20/nenhum-servico-da-ponte-sera-interrompido.html>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁴⁴ ROSSI, op. cit., nota 40.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁶ CHANNEL 4 NEWS, op. cit., nota 2.

falsos caracteriza clara hipótese de anonimato virtual⁴⁷. Ademais, pior ainda, caracterizam verdadeiro uso indevido dos meios de comunicação social e abuso do poder econômico com a má utilização dos recursos financeiros para contratar tais empresas e influir indevidamente no pleito eleitoral. Por sua vez, essa interferência tem por consequência o embaraço da normalidade e da legitimidade das eleições, viciando a manifestação de vontade do eleitor.

Nesses casos, segundo José Jairo Gomes⁴⁸, a responsabilidade eleitoral funda-se mais na lesão ao bem tutelado do que na ação ilícita em si, prescindindo da prova da culpa. Dessa forma, basta a comprovação da ofensa à lisura e normalidade do pleito e legitimidade dos resultados ou a simples demonstração da potencialidade ou risco de dano, eis que

quando a conduta ilícita visa a influenciar o voto, o segredo de que este é revestido impossibilita averiguar se ela efetiva e realmente o influenciou. Relevante é demonstrar a existência objetiva de fatos denotadores de abuso de poder, de abuso dos meios de comunicação social, corrupção ou fraude. É que, quando presentes, esses eventos comprometem de modo indelével as eleições em si mesmas, porque ferem os princípios e valores que as informam.

Há, portanto, inegável violação ao princípio da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação social previstos no art. 14, §9º, CRFB/88⁴⁹, o que enseja a possibilidade de impugnação do mandato eletivo conforme estabelece o §10 do mesmo artigo⁵⁰. No caso, a impugnação é fundamentada no art. 19 da Lei de Inelegibilidades⁵¹.

Julgada procedente, importará na aplicação da sanção de inelegibilidade do representado por oito anos subsequentes à eleição em que se verificou o fato, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar⁵².

Dessa forma, diante da especial reprovabilidade que tais práticas possuem, há de se reconhecer que não basta as soluções de incentivo à imprensa de qualidade e checagem de fatos. A resposta deve ser estatal no sentido de punir os agentes responsáveis pela violação direta ao próprio Estado Democrático de Direito, ensejando uma responsabilidade política e

⁴⁷ SCHREIBER, op. cit., nota 31.

⁴⁸ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁴⁹ BRASIL, op. cit., nota 7.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ BRASIL. *Lei das Inelegibilidades nº 64*, de 18 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

⁵² BRASIL, op. cit., nota 7. Art. 22, XIV.



criminal, como bem prevê a parte final do art. 22, XIV da Lei das Inelegibilidades⁵³.

Nesse sentido, no Senado Federal tramita o Projeto de Lei nº 473/17⁵⁴ que pretende criminalizar a conduta de quem "divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante". Não há, contudo, previsão ou certeza quanto à aprovação do referido Projeto de Lei, embora sua urgência já se tenha demonstrado quando das últimas eleições presidenciais brasileiras.

CONCLUSÃO

Esse artigo constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de graves proporções jurídicas e políticas envolvendo a disseminação de *fake news* na internet. O embate materializa-se pelo confronto entre os direitos à honra, imagem e privacidade, frente aos direitos de liberdade de manifestação de pensamento e expressão, liberdade de informação jornalística e a proibição à censura prévia, todos postulados normativos do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Contudo, o foco central do artigo foi a disseminação de *fake news* na internet dentro de um contexto eleitoral, em que as notícias falsas possuem intenções eleitoreiras, visando angariar votos para determinado candidato e prejudicar outros. Sob esse enquadramento, a discussão sobre o tema ganha especial relevância por envolver também questões mais sensíveis, como o direito ao bom exercício da cidadania, à democracia e ao próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o trabalho buscou conceituar e caracterizar as *fake news* para uma melhor compreensão do tema. Abordou a questão das *fake news* dentro desse contexto específico do cenário eleitoral, pautando a discussão em conceitos como democracia e o bom exercício do direito de cidadania.

O primeiro capítulo foi encerrado com a conclusão de que as *fake news* com fins eleitorais são capazes de colocar em risco as eleições e o próprio Estado Democrático de Direito, eis que o voto pressupõe a manifestação de vontade livre e consciente do eleitor. Dessa forma, exige-se uma conduta mais enérgica do Estado no combate das *fake news* para a tutela desses valores constitucionais.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ BRASIL. *Projeto de Lei nº 473*, de 29 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131758>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

No segundo capítulo constatou-se a ineficácia dos mecanismos de combate à *fake news* no cenário eleitoral adotados pelo Brasil. Diante da constatação da necessidade de combater e eliminar as *fake news* na internet, realizou-se uma ponderação constitucional entre os direitos e princípios fundamentais envolvidos, uma vez que as publicações feitas em redes sociais constituem verdadeiro direito à liberdade de informação, expressão e manifestação de pensamento.

Por fim, no terceiro capítulo, apontou-se algumas soluções possíveis para o combate das *fake news* na internet. A princípio, o intuito desta pesquisadora era o de corroborar o entendimento de grandes doutrinadores e Ministros sobre o tema, defendendo uma maior eficiência das soluções que envolvessem a responsabilidade de provedores e sites, bem como o investimento e incentivo em uma imprensa de qualidade e de checagem de fatos, de forma a evitar atos de censura.

Contudo, diante do relevo ainda mais especial que a temática adquire quando envolve o uso de *bots* na produção de *fake news* em massa na internet como tática de empresas de marketing político-eleitoral para direcionar *fake news* personalizadas aos eleitores, esta pesquisadora se viu forçada a defender uma solução pautada na criminalização de tais condutas.

A prática de disseminação de *fake news* por meio de perfis falsos na internet com fins eleitorais caracteriza hipótese de anonimato virtual, o que não é tutelado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro. Ainda, e, mais preocupante, caracteriza verdadeiro uso indevido dos meios de comunicação social e abuso do poder econômico com a má utilização dos recursos financeiros para influir indevidamente no pleito eleitoral.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta desta pesquisadora consiste na tese de que, especificamente no caso de *fake news* criadas e disseminadas por *bots* na internet, não há outro caminho para o combate efetivo de tais práticas senão imputar uma conduta criminal aos agentes propulsores da falsa notícia com fins eleitorais ao invés de tão só responsabilizar civilmente os provedores e sites.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros*. Disponível em: <<http://www.abi.org.br/institucional/legislacao/codigo-de-etica-dos-jornalistas-brasileiros/>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

_____. *Código Eleitoral*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 24 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 13.834*, de 4 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13834.htm>. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. *Lei das Eleições nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. *Lei das Inelegibilidades nº 64*, de 18 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. *Marco Civil da Internet, 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: 2 set. 2019.

_____. *Projeto de Lei nº 473*, de 29 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131758>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.337.990*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34792427&num_registro=201102765398&data=20140930&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.451*. Relator: Ministro Ayres Brito. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3938343>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Representação nº 0600546-70.2018.6.00.0000*. Relator: Ministro Sérgio Banhos. Disponível em: <http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2018/tse_06005467020186000000_07062018.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2019.

CHANNEL 4 NEWS. *Cambridge Analytica uncovered: secret filming reveals election tricks*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mpbeOCKZfQ>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

FLORES, Paulo. *O que a Cambridge Analytica, que ajudou a eleger Trump, quer fazer no Brasil*. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/12/08/O-que-a-Cambridge-Analytica-que-ajudou-a-eleger-Trump-quer-fazer-no-Brasil>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. *Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. 2018. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

FREITAS, Hyndara. *Ministros dizem que combate a fake news não pode representar censura*. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/ministros>>

dizem-que-combate-a-fake-news-nao-pode-representar-censura-06062019>. Acesso em: 24 ago. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MUSSKOPF, Irio. *A ciência da detecção de fake news: Como pesquisadores têm usado inteligência artificial para detectar notícias falsas em inglês, sob o contexto político dos EUA*. Disponível em: <<https://medium.com/@irio/a-ci%C3%Aancia-da-detec%C3%A7%C3%A3o-de-fake-news-d4faef2281aa>>. Acesso em: 02 set. 2019.

PACETE, Luiz Gustavo. “*Nenhum serviço da Ponte será interrompido*”. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/comunicacao/2018/03/20/nenhum-servico-da-ponte-sera-interrompido.html>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

PIMENTA, Guilherme. ‘*Ao tentar ser esfera pública digital online, internet frustrou expectativas*’. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/ao-tentar-ser-esfera-publica-digital-online-internet-frustrou-expectativas-07052019>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

ROSSI, Marina. *O marqueteiro brasileiro que importou o método da campanha de Trump para usar em 2018*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/11/politica/1507723607_646140.html>. Acesso em: 10 mar. 2019.

SCHREIBER, Anderson. *Redes sociais, perfis falsos e liberdade de expressão*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/colunas/redes-sociais-perfis-falsos-e-liberdade-de-expressao/18263>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. *Verdades e mentiras sobre fake news*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/verdades-e-mentiras-sobre-fake-news-24052018>>. Acesso em: 07 mar. 2019.



A IMPRESCRITIBILIDADE DO DANO CAUSADO PELO ABANDONO AFETIVO

Maria Antonietta Cardoso

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada. Pós-graduação em curso pela Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - Com o passar do tempo, e com as mudanças na estrutura da sociedade, a família se transforma para se adaptar às novas condições e valores morais. O Direito é dinâmico, e deve acompanhar tais alterações e avanços sociais. Destaca-se que, inexistente regramento específico que discipline o abandono afetivo, porém, isso não pode servir como fundamento para a negativa de direitos, visto que, o abandono afetivo é um fato social comum na sociedade, que causa dano irreparável ao desenvolvimento psíquico e emocional da criança. Dessa forma, vê-se necessário a responsabilização civil pela violação ao direito da personalidade do menor, pois fere o princípio basilar do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana. O escopo do trabalho é analisar a responsabilidade civil pelo abandono afetivo, demonstrando que o ato ilícito cometido é contínuo, portanto, imprescritível.

Palavras-chaves- Direito de Família. Filiação. Abandono

Sumário- Introdução. 1. Bem jurídico tutelado no abandono afetivo. 2. Responsabilidade civil face a violação do direito à personalidade no abandono afetivo. 3. Ato ilícito continuado no abandono afetivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a importância da afetividade e do dever de cuidado dos pais em relação aos filhos. Procura-se comprovar que os danos causados pelo abandono afetivo são gravíssimos gerando danos psicológicos irreparáveis e permanentes aos filhos.

Assim, busca-se demonstrar a necessidade do abandono afetivo ser considerado dano moral imprescritível, cujo o objetivo é evitar a impunidade dos pais diante de uma situação tão gravosa para os filhos. A indenização tem a finalidade de mostrar a sociedade que a negligência dos pais não fica impune, e assim evitar a reiteração e prevenção dessa conduta ilícita.

O Código Civil é claro ao dispor que, aquele que comete ato ilícito e causa dano a outrem, tem o dever de indenizar, sendo irrelevante se o dano foi por ação ou omissão, negligência ou imprudência, ou ainda que apenas moral.

Além que, a Constituição Federal estabelece o dever de a família cuidar da criança e do adolescente com absoluta prioridade. O abandono afetivo pelos genitores é algo comum em nossa sociedade. Essa situação, no entanto, não é regulada pelo ordenamento jurídico

pátrio e favorece a seguinte reflexão: é necessário uma legislação para regular o abandono afetivo?

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o bem jurídico tutelado, ou seja, o afeto e o cuidado como deveres dos pais, demonstrando que o não cumprimento de tais deveres viola princípios constitucionais e infraconstitucionais e dá origem a uma conduta omissiva ilícita, sendo esta contínua, devendo portanto o dano pelo abandono afetivo ser considerado imprescritível.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho demonstrando o afeto e o cuidado como bens jurídicos tutelados no dano pelo abandono afetivo, e a importâncias destes no desenvolvimento saudável da criança.

Segue-se, no segundo capítulo, apresentando a responsabilidade civil face a violação do direito à personalidade no abandono afetivo, destacando como fundamento principal o princípio da dignidade da pessoa humana.

O terceiro capítulo da pesquisa tem por escopo demonstrar que, o dano pelo abandono afetivo deve ser imprescritível, visto que o ato ilícito cometido pelo pai que abandona se u filho tem natureza continuada.

Assim, procura-se explicitar, que os “remédios” tradicionais do Direito de Família tem se mostrado insuficientes na tutela dos interesses dos filhos. É necessário a defesa da convivência, amor cuidado dos pais com seus filhos, sendo estes requisitos primordiais para a formação psicológica do ser humano, pois em que pese amar ser uma faculdade, cuidar é um dever e um valor jurídico, que deve ser regulado pelo ordenamento jurídico.

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. BEM JURÍDICO TUTELADO NO DANO CAUSADO PELO ABANDONO AFETIVO

A família¹ é uma construção social formada por meio de regras sociais, é a base da sociedade, sustenta-se por laços de afeto, sendo o amor o elo da comunhão de vida plena entre as pessoas, é a união de pessoas que ocorre de forma pública, contínua e duradoura. A família é uma construção da sociedade que é influenciada pelas regras culturais, jurídicas e sociais.

A evolução e a modificação das famílias transformaram as relações, que hoje não se justificam sem a existência do afeto, sendo este o elemento essencial entre as relações pessoais. Dessa forma, a afetividade não é indiferente ao direito, visto que é o que aproxima as pessoas, criando relacionamentos que geram relação jurídicas, fazendo jus ao status de família.

Assim, se verifica a presença do afeto em cada núcleo familiar, que antes era presumida, e hoje se encontra em vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

É importante destacar que, esses laços de afeto têm origem pela convivência entre as pessoas, Maria Berenice Dias² afirma que “os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto [...]”

Diante do exposto, percebe-se que, o afeto não está vinculado à biologia, é a convivência familiar e não o sangue que constrói os laços afetivos entre as pessoas, e por esta razão o direito das famílias atribui valor jurídico ao afeto, este ganhou destaque no nosso ordenamento jurídico atual.

A ausência de afeto provoca na criança grande dor, angústia, sofrimento, uma verdadeira tortura ao filho que foi abandonado. A falta de carinho e menosprezo vem daquele que mais deveria amar e cuidar, as consequências são imensuráveis.

Maria Berenice Dias³, nesta linha de pensamento, aduz que:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da prole. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. (...) A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação.

¹ PESSANHA, Jackelline Fraga. *A Afetividade como Princípio Fundamental para a Estruturação Familiar*. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf >. Acesso em: 25 jun. 2019.

² DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 61.

³ Idem. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 407.

Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez de forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a falta da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo de vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes.

Ressalta-se que, o conceito contemporâneo de entidade familiar, tem o afeto como elemento integrante, ordena que os pais tem o dever de criar os filhos dando-lhes o cuidado necessário para a formação plena de sua personalidade. Sendo evidente que, a convivência dos filhos com os pais não é direito do genitor, mas sim direito do filho. Destaca-se que, o dever de cuidado é independente de ter a guarda dos filhos.

O valor jurídico objetivo relativo ao cuidado está incorporado no sistema jurídico brasileiro, na Constituição Federal (artigo 227) ou infraconstitucional (Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente), indicam que o dever de cuidado é ínsito ao poder familiar, está vinculado a paternidade responsável.

Assim, segundo Boff:⁴

O cuidado representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, define, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana.

Diante disso, é importante ressaltar a relevância do cuidado para o adequado desenvolvimento da criança ou adolescente em formação. O ser humano vem ao mundo dotado de uma grande fragilidade, sendo necessário uma série de cuidados especiais, o qual sem estes ocorre problemas em seu desenvolvimento psíquico e emocional, além que pode comprometer a própria sobrevivência do menor.

É importante destacar que a discussão em comento não se refere ao dever ou não dos pais amarem seus filhos, mas sim o dever legal de cuidado, o qual é um direito do menor, sendo necessário a presença, a convivência e o afeto.

Assim, é indispensável uma atitude ativa do poder judiciário para dar eficácia ao dever de cuidado, ou seja, a responsabilidade pelo desenvolvimento saudável da criança é dos pais, segundo a Ministra Nancy Andrighi:⁵

⁴ BOFF apud BRANDÃO, Jéssica Lorenzette; OLIVEIRA, Melissa Barbieri. *O Afeto e o Cuidado como Valores Jurídicos Reconhecidos*. p. 12. Disponível em: <http://cacphp.unioeste.br/eventos/conape/anais/ii_conape/Arquivos/direito/Artigo9_6.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

Portanto, não se discute a questão do amar, mas sim o dever de cuidar. Sabe-se que é a convivência familiar que assegura a base psíquica e moral da criança, propiciando o desenvolvimento saudável da personalidade. Assim, a falta de um dos genitores, mesmo a criança sendo cuidada e amada pelo outros integrantes da família, causará danos emocionais, psíquicos e sociais.

Desse modo, não há uma responsabilização pela falta de amor, e sim pela falta de cuidado e de convivência que se trata de um dever que independe do sentimento. É um dever que começa na concepção e continua por toda vida.

Dessa maneira, a paternidade responsável tem como principal característica o dever de cuidado, que vai muito além da ajuda material (financeira), o dever de cuidado é o convívio, é educar, amar, é participar da vida e do crescimento dos filhos. Logo, a responsabilidade dos pais em relação aos seus filhos se mostra vitalícia, estando os pais vinculados aos seus filhos em todas as relações jurídicas existenciais e patrimoniais.

Diante do exposto, não há dúvidas da dor e sofrimento do filho que é abandonado afetivamente, e conseqüentemente do dano psicológico e emocional causado. Segundo o Superior Tribunal de Justiça sempre que ocorrer ofensa injusta à dignidade da pessoa humana estará configurado o dano moral, não sendo necessária a comprovação de dor e sofrimento. Trata-se de dano moral *in re ipsa* (dano moral presumido).

Nesse sentido a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça⁶:

onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.159.242/SP*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102821/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1159242-sp-2012-0107921-6-stj/inteiro-teor-25102822>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 292.141-Sp*. Relatora: Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23027511/recurso-especial-resp-1292141-sp-2011-0265264-3-stj>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

humano. A compensação nesse caso independe da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações (dor e sofrimento), que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos morais, não se traduzem no próprio dano, mas têm nele sua causa direta.

Não resta dúvidas que o dano pelo abandono afetivo, deve ser considerado *in re ipsa*, visto que, viola direito fundamental à personalidade, à convivência familiar, fere a dignidade do ser humano, sendo desnecessária a comprovação de dor e sofrimento.

Assim, o Poder Judiciário como órgão responsável por assegurar a soberania da justiça e a realização dos direitos e deveres dos cidadãos, tem um importante papel, qual seja, abolir, limitar ou transformar o comportamento sempre que esse for considerado inadequado, assim como, intensificar e conduzir as condutas que são consideradas socialmente desejáveis.

Deste modo, o Judiciário deve ser responsável por tornar as relações familiares mais responsáveis e amorosas, especialmente dos pais com seus filhos, visto que o afeto se tornou o elemento preponderante para união da família.

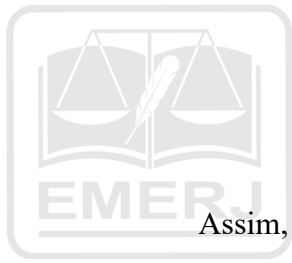
O aumento significativo das demandas nas varas de família, e o aparecimento de novas questões, que ainda não se tinha previsão legal são as consequências desse novo fenômeno, chamado de Judicialização das relações familiares, este fenômeno tem o objetivo de suprir a lacuna deixada pelos pais no exercício da paternidade, assim o poder judiciário tem a função de quebrar paradigmas e instituir novos conceitos. Sendo essa a verdadeira missão dos juízes, buscar o resultado justo e mais benéfico para a criança.

Portanto, é função essencial do Poder Judiciário garantir a justiça e igualdade nas relações familiares, devendo garantir que os pais hajam com total responsabilidade, amor e cuidados com os seus filhos, sob pena de uma verdadeira punição.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL FACE A VIOLAÇÃO DO DIREITO À PERSONALIDADE NO ABANDONO AFETIVO

É de fundamental importância o vínculo entre o princípio da afetividade e a construção da personalidade do indivíduo, esse vínculo encontra-se respaldado no artigo 11⁷ do Código Civil, classificando como um direito inalienável, intransmissível, imprescritível e irrenunciável.

⁷BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso: 27 mai. 2019.



Assim, os direitos da personalidade são direitos essenciais ao desenvolvimento do ser humano, e a base para a construção da personalidade do ser humano está na família. É nela que a criança encontra as referências, carinho e proteção.

Chalita⁸ nessa linha de pensamento, aduz que: “A preparação para a vida, a formação da pessoa, a construção do ser são responsabilidades da família”.

É importante destacar que, nada pode suprir ou substituir o amor, cuidado e a atenção familiar, o indivíduo pode até encontrar alternativas que amenizam a carência provocada pela ausência de uma família, mas nunca a substituirá. Conclui-se que, o afeto e cuidado dos pais em relação a prole é de suma importância para o desenvolvimento da personalidade dos filhos sendo um verdadeiro direito da personalidade da criança.

Sabe-se que os direitos da personalidade tutelam a integridade do ser humano, e tem como seu fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana. Vicente Ferrer Neto Paiva⁹ foi um dos primeiros autores a reconhecer a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos da personalidade, ainda no século XIX. Segundo ele:

a própria natureza dos direitos da personalidade indica o seu fundamento na dignidade da pessoa humana. A pessoa é a fonte da dignidade e desta mesma dignidade resultam os direitos da personalidade, conferidos para que se possa proteger as faculdades de desenvolvimento da personalidade jurídica e moral. Conclui afirmando que são tantos os direitos da personalidade quanto são necessários para a proteção do desenvolvimento da personalidade da pessoa.

Portanto, com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que é a base do Princípio da Personalidade, o afeto, o cuidado e a atenção com os filhos é algo imprescindível para o crescimento psicológico dos filhos, devendo ser imposto aos pais sob pena de punição.

Sabe-se que, o pai que deixa de dar afeto ao seu filho o prejudica em todo seu crescimento e por toda a vida, além que fere o íntimo da sua dignidade como pessoa, como ser humano.

Nesse sentido Hironaka¹⁰:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por

⁸CHALITA, Gabriel. Educação: *A solução está no afeto*. São Paulo: Gente, 2001. p. 120.

⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 84. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/18968/o-direito-geral-da-personalidade-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-estudo-na-perspectiva-civil-constitucional/1>>. Acesso em: 07 jul. 2019.

¹⁰ HINORAKAapud DIAS, op. cit.,2011.p. 61.

meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.

Em vista disso, é imprescindível o vínculo da afetividade com os direitos da personalidade, assim o afeto torna-se para o filho um direito inalienável, intransmissível, imprescritível e irrenunciável.

Diante do exposto, pelos danos imensuráveis e indescritíveis que a falta de afeto causa na criança e sendo esse um verdadeiro direito da personalidade, passou-se dar a devida importância acerca da responsabilização civil pelo abandono afetivo.

Dessa forma, o dano causado ao direito de personalidade de um membro da família deve ser reparado. Não se pode negar a quem sofre um dano, uma reparação, e na maioria dos casos de danos no âmbito familiar, a reparação é por meio de uma indenização pecuniária. Ressalta-se que, esta reparação possui um efeito compensatório, satisfatório, visto que, os danos morais causados a personalidade são irreparáveis e incalculáveis.

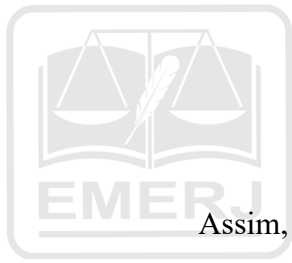
É de fundamental importância o efeito educativo que a sanção causará no ofensor e na sociedade, que tomará uma maior cautela, antes de ocasionar dano a outrem.

Em relação a indenização devida àqueles que sofreram abandono moral, surgiu a indagação de como valorar este dano, visto que o amor não tem um valor patrimonial mensurável. Porém destaca-se que o dano sofrido pelo abandono afetivo é incalculável, não tendo como se valorar.

Assim, mesmo sendo o dano imensurável, não pode quem sofreu o deixar de obter um benefício compensatório pelo dano sofrido, já que o ordenamento jurídico brasileiro, traz em seu bojo a possibilidade de indenização de um dano moral, mesmo sendo este incalculável.

Desta forma, derruba-se a teoria da impossibilidade de reparar o dano moral pelo abandono afetivo, por que este não poderia ser calculado, se tornando perfeitamente cabível a possibilidade de indenizar.

Ressalta-se que, a indenização paga em pecúnia não tem o condão de reparar, na sua totalidade, o mal que o descumprimento do dever de convivência do pai causou, mas amenizará a dor e dará condições para que se busque auxílio psicológico. Enquanto que a aplicação da pena ao pai será no sentido de lhe fazer pensar sobre a função de pai, ou que, se não quiser assumir tal função deve-se evitar ter filhos futuros.



Assim, destaca-se o ensinamento de Pereira ¹¹ “os pais são responsáveis pela educação de seus filhos, sim, e pressupõe-se aí, dar afeto, apoio moral e atenção. Abandonar e rejeitar um filho é violar direitos. A toda regra jurídica deve corresponder uma sanção, sob pena de tornar-se mera regra moral”.

No mesmo sentido Madaleno ¹²:

O dano à dignidade humana do filho em estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que, no futuro, quaisquer inclinações ao irresponsável abandono possam ser dissuadidas pela firme posição do Judiciário ao mostrar que o afeto tem um preço muito caro na nova configuração familiar.

Evidencia-se que a reparação no dano moral não devolve a vítima o direito violado nem restabelece estado anterior, pois o dano moral não se reveste dos pressupostos do regresso, mas sim possui o intuito de compensar as consequências diante das humilhações suportadas pela vítima.

Portanto o instituto da Responsabilidade Civil encontra-se inserida no Direito como um todo, podendo ser aplicada no âmbito familiar, tendo em vista a interligação dos ramos do Direito que devem estar em harmonia, principalmente com a própria Constituição Federal, esta que rege as demais leis, a qual em seu artigo 5º assegura o direito à indenização por danos morais, a qualquer cidadão, conferindo então à reparação civil a possibilidade de adentrar em qualquer ramo.

3. ATO ILÍCITO CONTINUADO NO ABANDONO AFETIVO

O instituto da Responsabilidade Civil tem seu fundamento no artigo 927 do Código Civil de 2002 descrevendo o fato de que ninguém pode lesar interesse ou direito de outrem, sob pena de ter que reparar os danos causados, conforme disposto nos artigos 186 e 187 do diploma legal supracitado.

Destaca-se que na seara do senso comum, o instituto da Responsabilidade Civil pode ser entendido como sinônimo de diligência ou cuidado, assim como, demonstra uma obrigação na esfera jurídica atingindo todos os indivíduos pelos atos que praticam.

¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de Pão Vive o Homem*. 2006. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/130/novosite>>. Acesso em: 18 set. 2019.

¹²MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 128. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1655-Sndrome-da-Alienao-Parental-Rolf-Madaleno-2018.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2019.

A responsabilidade civil já foi classicamente entendida como amparada em três conceitos básicos: a culpa, o dano e o nexo causal, alguns doutrinadores apontam esses três elementos como intrínsecos à responsabilidade civil, o ofendido deveria demonstrar o dano sofrido, a culpa do ofensor e o nexo de causalidade entre conduta e dano.

Desse modo, a responsabilidade civil tem como componente predominante a relação entre dois sujeitos que se encerra com a obrigação de reparar o dano efetivamente causado por um e suportado pelo outro.

Na visão de Sérgio Cavalieri Filho¹³:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, in Danos, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suportou o dano prejuízos não indenizados.

Desse modo, a responsabilidade consiste em detectar a ocorrência de um dano, seja em razão de uma culpa ou de alguma outra circunstância legal que a justifique. Assim, o aspecto primordial da responsabilidade civil reside no fato de ser uma forma de compensação, visto que busca compensar as perdas sofridas pela vítima e inibir a repetição de condutas similares no futuro. Logo, o instituto supracitado é o emprego de medidas a fim de obrigar um indivíduo a reparar dano moral ou material causado a outrem.

Assim, destaco como ponto principal a conduta humana do agente causador do fato danoso, que deverá caracterizar um comportamento ilícito, pautado pela culpa, ou seja, por negligência ou imprudência, por ação ou omissão voluntária, de modo que poderia ter atuado de outra forma, porém não o fez, gerando assim, o dever de indenizar.

Isso demonstra que a ação, ou a omissão advém do livre arbítrio, ou da escolha voluntária do homem ao expressar sua conduta, podendo ser negativa ou positiva.

Cumprido citar o entendimento de Maria Helena Diniz¹⁴ acerca da conduta:

¹³CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.p.14.

¹⁴DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43.



A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Ressalta-se que, de acordo com o artigo 186 do Código Civil a existência de culpa em sentido amplo envolve o dolo, ou seja, o total conhecimento do mal que poderá causar, demonstrando a intenção de praticá-lo-, ou, ao menos, a existência de culpa em sentido estrito, a qual representa a transgressão de um dever, e portanto as consequências que qualquer indivíduo do padrão de comportamento do homem médio poderia prever.

Considerando o fundamento de que a afetividade constitui um princípio basilar do Direito de Família, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, exprimindo, portanto, valor jurídico, o seu descumprimento acarreta a responsabilização do agente causador do dano.

Assim, o poder familiar não se exaure no dever de sustento material, pois inclui também o dever de afeto e carinho que poderá gerar o presumido dano moral e psíquico sofrido, em decorrência da ausência ou do desprezo pelo ascendente.

Nessa vertente, o dano decorrente do abandono afetivo por se tratar de uma das modalidades de dano moral, deve ser analisado em conjunto com o instituto da responsabilidade civil.

Cabe citar que as principais funções da reparação civil consistem em compensar a vítima do dano experimentado, repreender o ofensor, bem como desmotivar socialmente a reiteração da prática da conduta lesiva. Nesse sentido Gagliano¹⁵:

O ofensor receberá a sanção consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeitar os direitos das pessoas. Os espíritos responsáveis possuem uma absoluta consciência do dever social, posto que, somente fazem aos outros o que querem que seja feito a eles próprios. Estas pessoas possuem exata noção do dever social, consistente em uma conduta emoldurada na ética e no respeito aos direitos alheios. Por seu noturno, a repreensão contida na norma legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar.

O dano moral é gerado pelo ato ilícito de desamparar um filho, ou seja, não proporcionar assistência moral e psíquica, desatendendo as necessidades básicas do infante,

¹⁵GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil - Direito de Família*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p.67.

gerando conseqüentemente um prejuízo significativo na formação de uma criança, descumprindo com os deveres decorrentes do poder familiar.

É de suma importância analisar que, o ato ilícito cometido pelo abandono afetivo parental tem natureza continuada, ou seja, enquanto o pai não cumpre com o dever de dar afetividade e cuidado, ele está cometendo ato ilícito. A cessação deste ato só ocorreria partir do momento que o pai cumprisse com o seu dever de dar amor, afeto, carinho, cuidado, atenção ao filho.

Em relação ao prazo prescricional para a ação de abandono afetivo, a corrente amplamente majoritária entende que o prazo prescricional, em casos tais, é de três anos, afirmando-se a subsunção do prazo especial para a reparação civil, previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Tal prazo, segundo o Superior Tribunal de Justiça, começa a fluir quando o interessado atinge a maioridade, sendo esta causa de extinção do poder familiar.

Porém, o que está em análise é que o ato ilícito pelo abandono afetivo não cessou, o pai que abandona seu filho comete ato ilícito contínuo. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento que “se a violação do direito é continuada, de tal forma que os atos se sucedem em seqüência a prescrição ocorre no último deles.” Assim, o termo *a quo* nasce a cada dia em que o direito é violado.

Portanto, seguindo o raciocínio que o dano pelo abandono não cessou, sendo este uma violação continuada do direito a afetividade e cuidado, o certo seria considerar que o prazo prescricional para a propositura da ação de indenização por dano moral pelo abandono deve ter início da última violação do direito, e não da maior idade do filho.

Além que, é de suma importância o vínculo entre o princípio da afetividade e a construção da personalidade do indivíduo, os direitos da personalidade são direitos essenciais ao desenvolvimento do ser humano, e conforme demonstrado a base para a construção da personalidade do ser humano está na família. É nela que a criança encontra as referências de carinho e proteção. Segundo Chalita¹⁶: “A preparação para a vida, a formação da pessoa, a construção do ser são responsabilidades da família”.

Destaca-se, portanto que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça¹⁷ já reconheceu que, em caso de violação continuada aos direitos da personalidade, a contagem do prazo prescricional somente se inicia a partir do último ato lesivo praticado.

¹⁶ REGINATTO, Raquel. *A Importância da Afetividade no Desenvolvimento e Aprendizagem*. 2013. 13f. Artigo - Instituto de Desenvolvimento Educacional do Alto Uruguai – IDEAU. Disponível em: <https://www.ideau.com.br/getulio/restrito/upload/revistasartigos/11_1.pdf>. Acesso: 05 jul. 2019.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº1014624 RJ 2007/0219810-7*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4029070/recurso-especial-resp-1014624-rj-2007-0219810-7>>. Acesso em: 08 jul. 2019.



É indubitável que, o abandono afetivo viola o direito da personalidade da criança, dessa forma, o certo é que a prescrição da ação indenizatória se inicie a partir da última conduta lesiva. Assim, o ato ilícito cessaria quando o pai cumprisse com o dever de cuidado e afeto, ao passo que se descumprisse novamente, o prazo prescricional voltaria a correr.

Ressalta-se que a afetividade é considerada um valor jurídico, o seu descumprimento acarreta a responsabilização do agente causador do dano. Assim, evidencia-se que a reparação no dano moral não devolve a vítima o direito violado nem restabelece estado anterior, pois o dano moral não se reveste dos pressupostos do regresso, mas sim possui o intuito de compensar as consequências diante das humilhações suportadas pela vítima.

Evidencia-se que, objetivo da indenização decorrente de abandono afetivo é demonstrar ao genitor a ilicitude do seu ato em relação ao filho, considerando o caráter educativo e punitivo da indenização. Assim, a finalidade é coibir esse tipo de conduta para evitar a ocorrência futura de casos semelhantes de abandono afetivo, garantindo aos filhos um desenvolvimento completo e sadio em todos os aspectos, seja físico, psíquico, intelectual, moral, espiritual, emocional, em atenção ao que preceitua concretamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a indenização pecuniária além de impedir que os encargos parentais omitidos propositadamente fiquem sem qualquer punição eficaz, também visa coibir a concretização de novas situações de violação das responsabilidades dos genitores e o conseqüente abandono dos filhos, diante do posicionamento do Poder Judiciário em enfatizar o afeto no contexto familiar atual.

CONCLUSÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana é o primeiro e o fundamental princípio para todo o Ordenamento Jurídico Brasileiro, diante disso, evidencia-se a importância da indenização pelo abandono afetivo parental visto que esse ato ocasiona danos psíquicos e emocionais irreparáveis aos filhos.

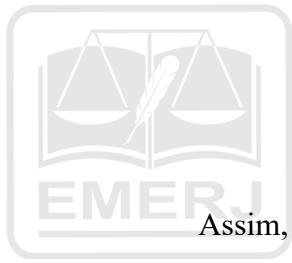
Em um primeiro momento, buscou-se estabelecer, em linhas gerais, a importância do afeto e cuidado para o desenvolvimento psíquico, emocional e social saudável da criança. Sendo atualmente o afeto considerado o princípio basilar da relação familiar.

Em segundo lugar, foi analisado responsabilidade civil face a violação do direito à personalidade no abandono afetivo, verificando que é de fundamental importância o vínculo entre o princípio da afetividade e a construção da personalidade do indivíduo, além que os direitos da personalidade tutelam a integridade do ser humano, e tem como seu fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, pelos danos imensuráveis e indescritíveis que a falta de afeto causa na criança e sendo esse um verdadeiro direito da personalidade, passou-se dar a devida importância acerca da responsabilização civil pelo abandono afetivo.

A seguir, buscou-se analisar o instituto da responsabilidade civil, com ênfase na conduta humana do agente causador do fato danoso, que caracteriza um comportamento ilícito, que pode ser culposo em sentido amplo envolve o dolo, ou seja, o total conhecimento do mal que poderá causar, demonstrando a intenção de praticá-lo, ou, ao menos, a existência de culpa em sentido estrito, a qual representa a transgressão de um dever, e portanto as consequências que qualquer indivíduo do padrão de comportamento do homem médio poderia prever.

Buscou-se também estabelecer que, o ato ilícito cometido pelo abandono afetivo parental tem natureza continuada, ou seja, enquanto o pai não cumpre com o dever de dar afetividade e cuidado, ele está cometendo ato ilícito. Ressaltando que, a cessação deste ato só ocorreria partir do momento que o pai cumprisse com o seu dever de dar amor, afeto, carinho, cuidado, atenção ao filho.

E, por fim, foi analisado que como o ato ilícito do o abandono afetivo é continuado, assim, o certo seria considerar que o prazo prescricional para a propositura da ação de indenização por dano moral pelo abandono deve ter início da última violação do direito, e não da maior idade do filho.



Assim, infere-se que o presente trabalho é uma pesquisa que tem por fim esclarecer a importância da responsabilização civil pelo abandono afetivo, demonstrando que o ato ilícito tem natureza continuada, e por causa disso é imprescritível.

Destaca-se que a legislação atual está longe de ser a ideal, por tal razão é necessária uma busca incessante pela proteção integral da criança e do adolescente em detrimento das omissões do Estado, que permite o abandono afetivo do filho.

A preocupação constitucional em proteger as crianças, que devem receber tratamento diferenciado e prioritário por serem seres humanos em desenvolvimento, não pode ser afastada para privilegiar pais que não cumpre seus deveres familiares.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Jéssica Lorenzette; OLIVEIRA, Melissa Barbieri. *O Afeto e o Cuidado como Valores Jurídicos Reconhecidos*. p. 12. Disponível em: <http://cacphp.unioeste.br/eventos/conape/anais/ii_conape/Arquivos/direito/Artigo9_6.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso: 27 mai. 2019.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 27 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.159.242/SP*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102821/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1159242-sp-2012-0107921-6-stj/inteiro-teor-25102822>>. Acesso em: 01 de mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1014624 RJ 2007/0219810-7* <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4029070/recurso-especial-resp-1014624-rj-2007-0219810-7>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 292.141-Sp*. Relatora: Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23027511/recurso-especial-resp-1292141-sp-2011-0265264-3-stj>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHALITA, Gabriel. *Educação: A solução está no afeto*. São Paulo: Gente, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____ *União homoafetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil - Direito de Família*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 128. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/16-55-Sndrome-da-Alienao-Parental-Rolf-Madaleno-2018.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de Pão Vive o Homem*. 2006. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/130/novosite>>. Acesso em: 18 set. 2019.

PESSANHA, Jackelline Fraga. *A Afetividade como Princípio Fundamental para a Estruturação Familiar*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18968/o-direito-geral-da-personalidade-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-estudo-na-perspectiva-civil-constitucional/1>>. Acesso em: 07 jul. 2019.



OS IMPACTOS DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.655/18 NA CELEBRAÇÃO DE ACORDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Maria Eduarda Granito de Medeiros

Graduada pela FGV Direito Rio. Advogada.

Resumo – é relativamente recente o desenvolvimento da consensualidade no âmbito da Administração Pública. Alinhando-se a outros sistemas jurídicos, a Lei nº 13.655/18 veio prevendo expressamente a competência consensual de ordem geral ao Poder Público, isto é, qualquer órgão está expressamente autorizado a celebrar acordos dentro da sua esfera de competência. Trata-se de um poder genérico que incide sobre toda Administração Pública, deixando para trás qualquer dúvida que pairava quanto à legalidade da celebração de tais acordos. O trabalho está focado na temática do novo regime jurídico que surgiu a partir das alterações introduzidas pela nº Lei 13.655/18, que veio autorizando o administrador público a promover negociações com particulares, por meio de acordos e compromissos.

Palavras-chave – Administração Pública Consensual. Termo de Ajustamento de Conduta. Lei nº 13.655/18. LINDB.

Sumário – Introdução. 1. A aplicação do novo regime jurídico no âmbito da administração pública consensual: limites e restrições na celebração de acordos com particulares. 2. O controle pelo Poder Judiciário dos acordos celebrados pela Administração Pública. 3. A participação da sociedade civil nos acordos celebrados pela Administração Pública. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar os impactos na celebração de acordos administrativos a partir da nova disciplina conferida pela Lei nº 13.655/18, que veio prevendo expressamente a competência consensual de ordem geral ao Poder Público.

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.655/18, o Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), foi alterado e passou a contar com um dispositivo autorizando expressamente os agentes públicos a promoverem negociações com os particulares, iniciando um novo regime jurídico no tocante aos acordos e compromissos celebrados no âmbito da Administração Pública.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as novas regras introduzidas no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.655/18 e discutindo quais seriam os limites do agente público ao celebrar os acordos e ajustes com os particulares. Essa discussão decorre do fato de a referida lei ter instituído um novo regime jurídico na atuação da Administração Pública com a finalidade de reduzir as incertezas jurídicas e os conflitos com os particulares.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, até que ponto a celebração de acordos entre o Poder Público e os particulares pode sofrer algum tipo de fiscalização e controle pelo Poder Judiciário.

O terceiro capítulo traz a discussão quanto a ampliação dos poderes dos agentes públicos na celebração de acordos com os particulares e discute a possibilidade da sociedade civil integrar esses acordos e até mesmo impugnar os termos dos ajustes.

A pesquisa se desenvolverá pelo método hipotético-dedutivo. O objetivo consiste em eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem adequadas para analisar o tema, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las, conforme o caso.

Dessa forma, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porque se valerá da bibliografia pertinente ao tema em análise – avaliada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. A APLICAÇÃO DO NOVO REGIME JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL: LIMITES E RESTRIÇÕES NA CELEBRAÇÃO DE ACORDOS COM PARTICULARES

A Lei nº 13.655/18, publicada em 25 de abril de 2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), veio para instituir um novo regime jurídico no âmbito da Administração Pública consensual.

Apesar da consensualidade no âmbito da Administração ser um fenômeno relativamente recente, é inegável o crescimento da sua importância ao longo dos últimos anos. Isso se deve não apenas ao intenso volume de normas dispostas sobre os instrumentos consensuais, mas também devido ao crescimento exponencial de compromissos celebrados no lugar da clássica decisão imperativa e unilateral da Administração¹. Contudo, faltava ao ordenamento jurídico brasileiro uma regulamentação específica quanto ao tema. A Lei nº 13.655/18 veio para preencher essa lacuna.

A legislação anterior à Lei nº. 13.655/18 já permitia a celebração de acordos substitutivos (nomenclatura que sempre foi utilizada pela doutrina) celebrados entre o Poder Público e os particulares. Vale mencionar a título exemplificativo: acordos firmados por órgãos

¹ GUERRA, Sérgio; DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

ambientais, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pelas agências reguladoras². Contudo, a legislação atual veio padronizar a celebração desses acordos.

A Lei nº 13.655/18 passou a prever expressamente, no artigo 26, a possibilidade de o administrador público celebrar acordos com particulares, com a finalidade de reduzir as incertezas jurídicas e os conflitos que pairavam sobre o tema até então³:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II - (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO)⁴.

O dispositivo é um permissivo genérico para celebração de acordos e compromissos aplicável à toda Administração Pública, independentemente de qualquer regulamento específico⁵. Entretanto, essa atuação não é ilimitada. O próprio texto legal prevê alguns requisitos.

Em primeiro lugar, o próprio *caput* do artigo 26 menciona expressamente a análise prévia pelo órgão jurídico, tendo em vista que qualquer ato da Administração Pública deve estar pautado no Princípio da Juridicidade⁶.

O Princípio da Juridicidade traz uma visão mais abrangente do Princípio da Legalidade. Segundo Alexandre Aragão, a juridicidade é vista como a submissão dos atos administrativos a um padrão amplo e englobante de legalidade, em que seus critérios não se

² Ibid., p. 139.

³ Ibid., p. 137.

⁴ BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL03/Ato2015-2018/Lei/L13655.htm>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

⁵ GUERRA; DE PALMA, op. cit., p. 140.

⁶ AGUIAR, Guilherme Salgueiro Pacheco de. Lei nº 13.655/18 – Análise dos arts. 20 a 30 da LINDB e primeiras impressões de sua utilização na conformação das atuações dos diferentes órgãos de controle. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 215, p. 9, jan.2019.

restringem à lei *stricto sensu*, mas também aos princípios gerais do Direito e, especialmente, aos valores constitucionais⁷.

Vale ressaltar, que a oitiva do órgão jurídico é de extrema importância no âmbito da consensualidade administrativa, uma vez que confere maior segurança jurídica aos termos do acordo, bem como reforça a presunção de legitimidade e validade dos atos administrativos⁸.

O dispositivo também prevê a possibilidade de realização de consulta pública, que tem a finalidade de legitimar o acordo e abrir espaço para discussão dos interesses que eventualmente possam vir a ser afetados⁹. Vale destacar que, não há uma obrigatoriedade quanto à convocação da consulta pública. A sua realização ou não está no âmbito da discricionariedade do administrador público.

Apesar da consulta pública ser vista como forma de conferir maior legitimidade ao acordo que vier a ser celebrado pela Administração Pública, não podemos ignorar que seu processo, muitas vezes, impõe ônus desproporcionais à Administração, o que justifica a sua dispensa em determinados casos.

Para o Poder Público, além do tempo consumido com o processo de consulta pública, ainda existe o risco de a autoridade perder o controle da situação, resultando em uma delonga demasiada, com contribuições de baixa qualidade e, dados os custos incorridos com a participação, em redução do orçamento para efetivamente se implementar os projetos¹⁰. Dessa forma, a autoridade administrativa deve estar atenta na utilização desse instrumento, de modo que possa efetivar seu caráter democrático sem torná-lo mecanismo de transtorno no processo de celebração dos acordos¹¹.

Os incisos do parágrafo 1º do artigo 26 especificam os requisitos para fixação dos compromissos.

O inciso primeiro determina que a Administração Pública deve buscar uma “solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”¹².

⁷ Ibid.

⁸ GUERRA; DE PALMA, op. cit., p. 157.

⁹ Ibid., p. 155.

¹⁰ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; DE MEDEIROS, Maria Eduarda Granito. A efetividade da participação do usuário nas audiências públicas promovidas pela ANEEL. In: DA ROCHA, Fábio Amorim. *Temas relevantes no Direito de Energia Elétrica*. Tomo II. Rio de Janeiro: Synergia, 2013, p. 754 e 755.

¹¹ Ibid., p. 755.

¹² BRASIL. *Decreto-lei n.º 4.657/42*, de 08 de outubro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019. Art. 26, § 1º: “O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”.

Isso decorre do princípio da eficiência administrativa, que foi inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº. 19, de 4 de junho de 1998.

Durante muito tempo, a atuação administrativa se limitava em aplicar a letra fria da lei, sem buscar soluções que fossem mais eficientes ao caso concreto. Exemplo clássico sempre foi a aplicação de sanções. O não cumprimento espontâneo e voluntário pelo particular de uma imposição administrativa já é suficiente para caracterizar o descumprimento de um ato decorrente do poder de polícia. A consequência direta desse descumprimento é a aplicação de determinada penalidade, prevista no ordenamento jurídico. O particular, de uma forma geral, só não deve cumprir a decisão imposta se obtiver uma decisão administrativa, emanada por uma autoridade de hierarquia superior, ou uma decisão judicial capaz de afastar a imperatividade do ato administrativo¹³.

Entretanto, a imposição de penalidades nem sempre é a melhor alternativa para determinado caso concreto. Os muitos anos de discussão judicial até a consolidação do débito, atrelado ao recolhimento do valor da penalidade a um fundo sem destinação específica e com regras restritas de reversão em investimento já demonstram, por si só, a ineficiência dessa medida¹⁴.

Ao longo dos últimos anos, se verificou que a simples realização da prescrição normativa por parte da Administração Pública não é mais capaz de atender ao interesse público. Atualmente, existe, cada vez mais, uma cobrança para a atuação eficiente da Administração, por meio da utilização de instrumentos jurídicos adequados, que permitam resultados concretos ao desenvolvimento econômico-social¹⁵.

O inciso terceiro do artigo 26 prescreve que o compromisso celebrado “não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral”¹⁶.

A primeira parte do dispositivo veda a desoneração permanente de um dever, que seria uma hipótese de renúncia de alguma competência referente ao Poder Público. Essa proibição diz respeito ao exercício das prerrogativas administrativas. A segunda parte do dispositivo, por

¹³ GUERRA; DE PALMA, op. cit., p. 143.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ MEDEIROS, Maria Eduarda Granito de. *O Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento de efetividade da regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/14710>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 12. Art. 26, § 1º: “O compromisso referido no caput deste artigo: III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)”.

sua vez, impede o condicionamento de direitos reconhecidos por orientação geral, isto é, os direitos poderão ser plenamente exercidos independentemente do que estiver expressa no compromisso¹⁷.

2. O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO DOS ACORDOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Recentemente, foi publicado o Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou o disposto nos artigos 20 ao artigo 30, da LINDB. O Decreto reafirmou a necessidade de consulta ao órgão jurídico sobre a viabilidade do compromisso. Além disso, determinou que a decisão que embasar a celebração do compromisso será instruído com parecer técnico do órgão competente sobre a viabilidade técnica, operacional e, caso necessário, sobre as obrigações orçamentário-financeiras a serem assumidas¹⁸.

Verifica-se, portanto, que o procedimento de celebração de acordos pela Administração deve obedecer a certas formalidades e sofre inclusive controle interno, dentro da própria Administração Pública. Exemplo disso é o disposto no artigo 10, parágrafo 5º do Decreto nº 9.830/2019, que prevê que na hipótese de o compromisso depender de autorização do Advogado Geral da União e de Ministro de Estado será necessária a manifestação da autoridade máxima do órgão ou entidade da administração pública.

Além disso, o Decreto traz ainda a previsão de um novo instrumento, denominando de “termo de ajustamento de gestão”, que pode ser celebrado entre o agente público e o órgão de controle interno da Administração. Será aplicável aos casos em que o órgão de controle interno

¹⁷ GUERRA; DE PALMA, op. cit., p. 163.

¹⁸ BRASIL. *Decreto 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: 10 out. 2019. Art. 10: “Na hipótese de a autoridade entender conveniente para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público, poderá celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável e as seguintes condições:

§ 4º O processo que subsidiar a decisão de celebrar o compromisso será instruído com:

I - o parecer técnico conclusivo do órgão competente sobre a viabilidade técnica, operacional e, quando for o caso, sobre as obrigações orçamentário-financeiras a serem assumidas;

II - o parecer conclusivo do órgão jurídico sobre a viabilidade jurídica do compromisso, que conterà a análise da minuta proposta;

III - a minuta do compromisso, que conterà as alterações decorrentes das análises técnica e jurídica previstas nos incisos I e II; e

IV - a cópia de outros documentos que possam auxiliar na decisão de celebrar o compromisso.

§ 5º Na hipótese de o compromisso depender de autorização do Advogado-Geral da União e de Ministro de Estado, nos termos do disposto no § 4º do art. 1º ou no art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, ou ser firmado pela Advocacia-Geral da União, o processo de que trata o § 3º será acompanhado de manifestação de interesse da autoridade máxima do órgão ou da entidade da administração pública na celebração do compromisso”.



verifica alguma irregularidade em ações de controle, sendo possível a celebração desse termo de ajustamento de gestão para corrigir a referida irregularidade e aprimorar o procedimento¹⁹.

A questão que se coloca nesse capítulo é sobre a possibilidade de controle externo desses acordos, por meio da atuação do Poder Judiciário.

Atualmente, já é amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos, especialmente para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais expressos na Constituição Federal.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰ há muito tempo já defendia que esse controle externo não representava necessariamente uma invasão da discricionariedade administrativa. Mesmo nos casos em que a lei confere à Administração a possibilidade de agir ou não agir, deferir ou indeferir, optar por este ou aquele ato, é possível que a questão seja analisada pelo Poder Judiciário.

Maria Sylvia Di Pietro²¹ defende que com a passagem do Estado Social de Direito para o chamado Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição Federal de 1988, passou a existir a preocupação com os princípios constitucionais. Sendo assim, sempre que ficar caracterizada qualquer lesão a tais princípios, haverá a necessidade de intervenção dos órgãos de controle.

Não haverá indevida intromissão judicial na esfera de correção do ato administrativo, se o administrador tiver pautado sua decisão por critérios insustentáveis, manifestamente desproporcionais diante do complexo de circunstâncias reais envolvidas no caso concreto, resultando na escolha de providência desconstruída com a finalidade legal a que o ato deveria servir²².

É inegável que em um Estado Democrático de Direito, que tem como objetivo principal, conferir real proteção aos administrados, indistintamente, e efetiva tutela aos seus

¹⁹ Ibid. Art. 11: “Poderá ser celebrado termo de ajustamento de gestão entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral.

§ 1º A decisão de celebrar o termo de ajustamento de gestão será motivada na forma do disposto no art. 2º.

§ 2º Não será celebrado termo de ajustamento de gestão na hipótese de ocorrência de dano ao erário praticado por agentes públicos que agirem com dolo ou erro grosseiro.

§ 3º A assinatura de termo de ajustamento de gestão será comunicada ao órgão central do sistema de controle interno”.

²⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O controle judicial dos atos administrativos. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 152, p. 1-15, abr./jun., 1983.

²¹ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública – Ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, nº 42, p. 2, julho/setembro de 2013.

²² MELLO, op. cit., p. 15.

direitos, não há como recusar ao Poder Judiciário atribuição para diligente investigação e controle dos atos administrativos cuja prática possa ter significado ofensa aos direitos que se querem protegidos²³.

O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários deverá ser realizado tendo como parâmetros os princípios constitucionais da Administração Pública, inclusive, os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, em especial, em seu sentido de direcionamento da atividade estatal e dos serviços públicos à efetividade do bem comum. O artigo 3º, IV da Constituição Federal prevê como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação²⁴.

Esse controle, contudo, não deve ficar adstrito ao Poder Judiciário, mas também deve ser exercido pelo Ministério Público e Tribunal de Contas.

No sistema atual, atribui-se ao Ministério Público importantíssima função de controle da Administração Pública, que se verifica não apenas pela sua atuação na esfera criminal, mas especialmente pela atribuição de proteger o patrimônio público, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição Federal), isto sem falar no seu relevante papel de controle da improbidade administrativa²⁵.

Além disso, o Poder Legislativo deve (ou pelo menos deveria) exercer efetivo controle quando se trata de fiscalização, financeira, contábil e orçamentária, com auxílio do Tribunal de Contas²⁶. Isso se dá especialmente em razão do nosso sistema de “freios e contrapesos”.

Por fim, e ganhando cada vez mais força, existe o controle social. Embora o controle seja função típica estatal, o administrado dele participa na medida em que pode e deve provocar o controle, não apenas na defesa de seus direitos individuais, mas também na proteção dos interesses difusos e coletivos. Trata-se do chamado controle popular, inerente à ideia de democracia participativa, prevista na Constituição de 1988, a partir da adoção do modelo do Estado de Democrático de Direito²⁷.

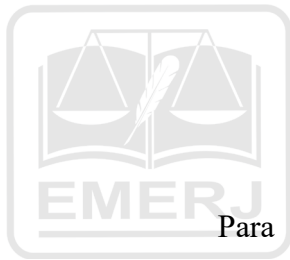
²³ Ibid.

²⁴ MORAES, Alexandre de. Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 243, p. 13-28, 2006.

²⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 2.

²⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2019. Art. 70: “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)”.

²⁷ DI PIETRO, op. cit., p. 3.



Para que tenham legitimidade, os acordos substitutivos devem ser motivados, conforme já mencionado anteriormente. Essa motivação deve ser detalhada e deve ser feita de forma clara, de modo que sejam compreensíveis para perfeito acompanhamento e controle pelas instituições estatais responsáveis, bem como pelo controle social²⁸.

Com o acesso aos fundamentos da decisão administrativa, o administrado e todos aqueles responsáveis pelo controle do ato administrativo vão ter a oportunidade de oferecer uma contestação administrativa ou judicial mais competente e racional, bem como poderão aderir à respectiva decisão administrativa caso estejam de acordo com os elementos apresentados pela Administração²⁹.

No princípio da motivação, verificam-se as seguintes finalidades básicas: (i) garantia da qualidade dos atos administrativos, considerando a relevância que a fundamentação do ato tem para a ponderação dos interesses que podem ser afetados e para a aceitação da decisão pelos seus destinatários; (ii) garantia da efetividade e eficiência ao controle dos atos administrativos; e (iii) ampliação da publicidade da atividade administrativa³⁰.

3. A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NOS ACORDOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É possível que os efeitos decorrentes do acordo celebrado pela Administração Pública não fiquem adstritos somente às partes que celebraram o ajuste, mas é plenamente possível que possam afetar interesses de terceiros.

Sabendo que existe a possibilidade de terceiros sofrerem as consequências dos acordos firmados, poderíamos nos questionar se deveria haver a obrigatoriedade de convocar todos aqueles que possivelmente serão afetados a participar das negociações para tutelar seus direitos. Ocorre que, em determinadas situações, a participação de todos os terceiros interessados poderia inviabilizar por completo as negociações, em decorrência da insegurança jurídica que isso acarretaria. Em primeiro lugar, haveria sempre a dúvida em saber se todos os interessados se sentaram à mesa de negociação. Em segundo lugar, haveria uma enorme dificuldade em acomodar todos os interesses diversos³¹.

²⁸ GUERRA; DE PALMA, op. cit., p. 166.

²⁹ FRANÇA. Vladimir da Rocha. Considerações sobre o dever de motivação dos atos administrativos ampliativos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 44, nº 174, p. 181, abril/junho de 2007.

³⁰ Ibid.

³¹ GUERRA; DE PALMA, op. cit., p.155.

A forma encontrada pela lei de conciliar a viabilidade das negociações com o direito de participação de terceiros, interessados ou não, no processo de celebração do compromisso foi por meio da consulta pública, sempre discricionária³².

A consulta pública consagra o direito de participação da sociedade civil na Administração Pública e na gestão dos serviços públicos, que está previsto expressamente no artigo, 37, §3º, da Constituição Federal³³.

O Estado Democrático de Direito é caracterizado pela participação direta, referindo-se à terceira fase de evolução da Administração Pública, em que o administrado, individual e pessoalmente, influencia na gestão e no controle das decisões do Estado, como decorrência do princípio democrático³⁴.

Em âmbito federal, a Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/1999) já previa, de modo facultativo, procedimentos públicos de participação da sociedade civil, sempre que o tema tratado pudesse atingir um conjunto de indivíduos³⁵.

No âmbito da LINDB, a consulta pública veio prevista no artigo 29 como instrumento de manifestação de pessoas interessadas, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

Art. 29: “Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º (VETADO)”³⁶.

Note que a autoridade administrativa não está obrigada a acatar a manifestação que tenha sido apresentada.

³² Ibid.

³³ BRASIL, op. cit., nota 26. Artigo 37, §3º: “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”.

³⁴ SOARES, Evanna. Audiência pública no processo administrativo. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 229, p. 263, jul./set. 2002.

³⁵ SAMPAIO; DE MEDEIROS, op. cit., p. 751.

³⁶ BRASIL. op. cit., nota 12.

Não restam dúvidas que o mecanismo de consulta pública veio previsto na lei para conferir maior legitimidade ao acordo e verificar eventuais conflitos e interesses afetados³⁷.

O grande problema é que a LINDB não traça os contornos sobre como deve ser realizada a consulta pública. O Decreto nº 9.830/2019 também não detalha o procedimento e apenas trouxe a previsão de que a convocação de consulta pública conterà a minuta do ato normativo. Além disso, confere ampla margem de discricionariedade à autoridade competente ao trazer a previsão segundo a qual a autoridade decisora não será obrigada a comentar ou considerar individualmente as manifestações que tenham sido apresentadas e poderá, de forma unilateral, agrupar manifestações por conexão e eliminar aquelas repetitivas ou de conteúdo não conexo ou irrelevante para a matéria em apreciação³⁸.

De fato, pareceu correta a opção do legislador em não conferir obrigatoriedade à instauração de consulta pública para celebração de todo e qualquer tipo de acordo. Para decidir pela abertura da consulta pública parece adequado que seja levado em consideração pela autoridade competente quais são os custos e os benefícios. Juliana Bonacorsi de Palma e Sérgio Guerra afirmam que, de um modo geral, a consulta pública só é recomendada nos casos de: (i) negociações que envolvam altos valores, (ii) desenho de cláusulas que possam acarretar impactos concorrenciais e econômicos, (iii) sensibilidade social, política ou humanitária do compromisso e (iv) quando o cenário da negociação seja complexo e de difícil mapeamento dos interesses em jogo³⁹.

Para o Poder Público, muitas vezes, além do tempo que é consumido com o processo de consulta, a adoção de mecanismos de participação também pode ser muito custosa e acabar acarretando resultado oposto do esperado, trazendo mais hostilidade à negociação. Fica evidente, portanto, que nem sempre a existência de procedimentos decisórios com a participação da sociedade civil produzirá os efeitos desejados⁴⁰.

³⁷ GUERRA; DE PALMA, op. cit., p.155.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 18. Art. 18: “A edição de atos normativos por autoridade administrativa poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico.

§ 1º A decisão pela convocação de consulta pública será motivada na forma do disposto no art. 3º.

§ 2º A convocação de consulta pública conterà a minuta do ato normativo, disponibilizará a motivação do ato e fixará o prazo e as demais condições.

§ 3º A autoridade decisora não será obrigada a comentar ou considerar individualmente as manifestações apresentadas e poderá agrupar manifestações por conexão e eliminar aquelas repetitivas ou de conteúdo não conexo ou irrelevante para a matéria em apreciação.

§ 4º As propostas de consulta pública que envolverem atos normativos sujeitos a despacho presidencial serão formuladas nos termos do disposto no Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017”.

³⁹ GUERRA; DE PALMA, op. cit., p.156.

⁴⁰ SAMPAIO; DE MEDEIROS, op. cit., p. 752.

Por outro lado, não nos pareceu acertada a decisão do legislador em permitir que a autoridade competente para celebração do acordo não esteja obrigada a comentar ou considerar individualmente as manifestações apresentadas.

Não é razoável que a Administração Pública se mantenha inerte diante do esforço desempenhado pela sociedade civil em contribuir com a celebração do acordo e nem é razoável que a autoridade simplesmente desconsidere a contribuição apresentada sem qualquer motivação.

Além disso, existem uma série de princípios que regem a relação entre Administração Pública e administrados, dentre eles, podemos citar: a boa-fé, prestação de contas e motivação⁴¹. Vários desses princípios estão positivados na Lei nº 9.784/99. De todo modo, podemos afirmar que são princípios de constitucionais implícitos, que decorrem da cláusula do Estado Democrático de Direito⁴². Entretanto, nos parece que tais princípios foram completamente ignorados pelo legislador.

Vale ressaltar que, o dever de motivação, por exemplo, sempre foi visto como forma de evitar o risco de captura. Ao expor suas razões para acolher ou não determinada contribuição, a Administração vincula-se aos argumentos por ela deduzidos para acolher ou rejeitar, permitindo a *accountability* do procedimento em questão⁴³.

Conforme já mencionado, a consulta pública deve se dar preferencialmente por meio eletrônico, como se verifica com praticamente a maioria das consultas públicas que são realizadas no Brasil, e deve ser fixado um período de tempo razoável para que os interessados possam contribuir de forma qualificada⁴⁴. Usualmente se disponibiliza também o processo administrativo ao qual o acordo esteja relacionado ou até mesmo a própria minuta do compromisso, caso não haja sigilo e a minuta já esteja em um estágio mais avançado⁴⁵.

Por fim, cabe ressaltar que, a negociação pode ser conduzida de forma inteiramente escrita, com a apresentação de propostas e contrapropostas escritas, ou combinada com uma fase de debates orais, conforme o caso. Inclusive, o procedimento de consulta pública pode ser conduzido de forma inteiramente escrita, não tendo a LINDB definido um rito específico quanto a esse aspecto, o que, mais uma vez, confere ampla margem de discricionariedade para o administrador público⁴⁶.

⁴¹ Ibid.

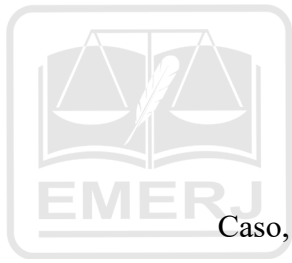
⁴² Ibid.

⁴³ Ibid., p. 157.

⁴⁴ GUERRA; DE PALMA, op. cit., p.156.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.



Caso, a consulta pública tenha sido realizada, deverá haver mais uma rodada de negociações para que sejam incluídos os pontos apresentados nas contribuições e acatados pela Administração Pública⁴⁷.

CONCLUSÃO

O presente artigo focou na análise dos fundamentos e dos impactos acarretados aos acordos administrativos a partir da nova disciplina conferida pela Lei nº 13.655/18, bem como pelo Decreto nº 9.830/2019, que passaram a prever expressamente a competência consensual de ordem geral ao Poder Público.

Ao longo dos últimos anos os acordos celebrados pela Administração Pública passaram a ser considerados um importante instrumento de que dispõem os agentes estatais para desburocratizar os conflitos que surgem com os administrados. Tais acordos estão inseridos no âmbito da Administração Pública consensual, que consiste em um novo modelo de gestão pública, privilegiando a negociação e a mediação.

Essa visão de uma Administração Pública consensual já vinha tentando ser implementada pelos mais diversos órgãos da Administração. Ocorre que, a ausência de normas específicas regulando a matéria, gerava uma enorme insegurança jurídica, o que acabava acarretando um entrave na celebração de tais acordos.

A Lei nº 13.655/18 e o Decreto nº 9.830/2019 vieram para solucionar esses problemas e conferir segurança e previsibilidade sobre a celebração dos acordos. Contudo, vale ressaltar que a liberdade do Administrador não é ampla e irrestrita. Muito pelo contrário, deve respeitar as balizas legais. Além disso, esses acordos podem ser objeto de controle, não apenas no âmbito interno, dentro da própria Administração Pública, mas também pelos órgãos de controle tradicionais, como Poder Judiciário e Tribunal de Contas.

Para que esses acordos tenham legitimidade é fundamental a participação da sociedade civil nesse processo. A forma encontrada pela lei de conciliar a viabilidade das negociações com o direito de participação foi por meio da consulta pública. Contudo, advertimos ao longo desse artigo que nem sempre a abertura da consulta pública pode conduzir aos resultados desejados. Sempre que os custos e o tempo se mostrarem irrazoáveis, a autoridade deve optar por não abrir o processo de consulta pública.

⁴⁷ Ibid.

Por fim, vale ressaltar, que é de extrema necessidade a motivação, de forma ampla e detalhada, na celebração de tais acordos, a fim de permitir o perfeito acompanhamento e controle pelas instituições estatais responsáveis, bem como pela sociedade, em geral. Isso porque, ainda que a doutrina moderna enxergue nesses acordos um avanço para consensualidade entre agentes públicos e privados, esses acordos, se utilizados de forma inadequada, podem ser instrumentos de arbítrio, negociação com fins político-partidários e podem se transformar em mais um mecanismo de corrupção.

Como todo esse arcabouço legislativo ainda é muito recente, é difícil no presente momento ter a dimensão do real impacto dessas alterações no dia a dia da Administração Pública. Espera-se que a partir de agora os gestores públicos se adequem a essa nova realidade que se impõe e que todas essas alterações promovidas na LINDB se tornem efetivas na prática e que não fiquem apenas no texto de papel.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Guilherme Salgueiro Pacheco de. *Lei nº 13.655/18 – Análise dos arts. 20 a 30 da LINDB e primeiras impressões de sua utilização na conformação das atuações dos diferentes órgãos de controle. Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 19, n. 215, p. 9-21, jan.2019

BRASIL. *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: 20 nov. 2019.

_____. *Decreto 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: 07 set. 2019.

_____. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O controle judicial dos atos administrativos. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 152, p. 1-15, abr./jun., 1983.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública – Ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, nº 42, p. 2, julho/setembro de 2013.



FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o dever de motivação dos atos administrativos ampliativos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 44, nº 174, p. 181, abril/junho de 2007.

GUERRA, Sérgio; DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

MEDEIROS, Maria Eduarda Granito de. *O Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento de efetividade da regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/14710>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

MORAES, Alexandre de. Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 243, p. 13-28, 2006.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; DE MEDEIROS, Maria Eduarda Granito. A efetividade da participação do usuário nas audiências públicas promovidas pela ANEEL. In: DA ROCHA, Fábio Amorim. *Temas relevantes no Direito de Energia Elétrica*. Tomo II. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

SOARES, Evanna. Audiência pública no processo administrativo. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 229, p. 263, jul./set. 2002.

A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PARA FINS DE EVITAR RECURSOS PROTRELATÓRIOS

Mariana de Biasi Vianna Novaes

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

Resumo –A prisão em segunda instância é um tema de grande repercussão social, política e jurídica, o qual possui várias controvérsias acerca da sua constitucionalidade, haja vista que o Supremo Tribunal Federal vive mudando seu posicionamento sobre essa questão. Com o julgamento do HC n.º 126.292/SP, foi aberta a possibilidade de pacificação do entendimento do Supremo sobre a constitucionalidade da prisão de segunda instância, por meio da relativização do princípio da presunção de inocência. A essência do trabalho é abordar essa mitigação do princípio da presunção de inocência, a fim de possibilitar a prisão em segunda instância para fins de evitar os recursos meramente protelatórios.

Palavras-chave – Direito Penal. Presunção de Inocência. Ponderação. Prisão em segunda instância. Recursos Protelatórios.

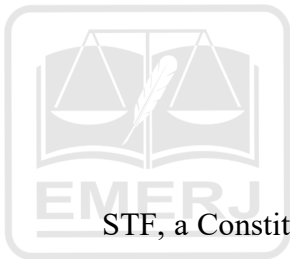
Sumário –Introdução. 1. Controvérsias quanto à constitucionalidade da prisão em segunda instância. 2. Da possibilidade jurídica da ponderação do princípio da presunção de inocência, após o julgado do HC n.º 126.292/SP do STF. 3. Das consequências da adoção da ponderação do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade da mitigação do princípio da presunção de inocência, tornando viável a aplicação da prisão em segunda instância para fins de evitar recursos protelatórios. Procura-se demonstrar a necessidade da adoção de uma abordagem mais pragmática no sistema penal brasileiro, a fim de garantir a sua eficácia, de modo que deve prevalecer o princípio da duração razoável do processo nos casos em que não cabe mais a rediscussão sobre a autoria e materialidade do crime.

Nesse sentido, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema com o intuito de discutir acerca desse entendimento minoritário que recentemente passou a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Habeas Corpus (HC) n.º 126.292/SP, em que vem ganhando força devido a notoriedade do caso além de sua grande repercussão midiática e política.

Dessa forma, surgem várias questões sobre a possibilidade da aplicação da prisão em segunda instância e como ela deve ser aplicada, visto que devido a esse novo entendimento do



STF, a Constituição Federal passa a ser interpretada de forma mais pragmática em que é feita uma ponderação entre os princípios da presunção de inocência e o da duração razoável do processo.

Contudo, essa situação, ainda não é regulada pelo ordenamento jurídico pátrio e favorece as seguintes reflexões: Até que ponto o princípio da presunção de inocência deve prevalecer sob o princípio da duração razoável do processo nos casos de recursos protelatórios? É possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, a constitucionalidade da prisão em segunda instância e a garantia de que esta aumentará a eficácia do sistema penal?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que é uma questão de grande repercussão, em que trata da ponderação de princípios constitucionais, com a finalidade de preservar a ordem pública, dando uma maior eficácia ao sistema penal brasileiro.

Para melhor compreensão do assunto, busca-se analisar os motivos pelos quais o STF adotou, após o HC nº 126.292/SP, um entendimento doutrinário minoritário sobre prisão em segunda instância e o seu viés pragmático. Além disso, pretende-se, ainda, defender a constitucionalidade da prisão em segunda instância para fins de evitar recursos protelatórios e a necessidade da criação de legislação infraconstitucional para regularizar tal questão. Comprovando, por fim, que o princípio da presunção de inocência deve ser relativizado nesses casos em questão.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as controvérsias quanto à constitucionalidade da prisão em segunda instância, e o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, o princípio da duração razoável do processo, e o da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente em face do princípio presunção de inocência, com objetivo de aferir a prevalência daqueles para garantir uma maior eficácia ao sistema penal brasileiro, de forma pragmática. Pesquisa-se ainda, a possibilidade jurídica dessa mitigação do princípio da presunção de inocência, possibilitando a prisão em segunda instância para fins de evitar a interposição de recursos protelatórios em instâncias superiores.

O terceiro capítulo pesquisa as consequências legais no ordenamento jurídico brasileiro sobre a ponderação do princípio da presunção de inocência, após o julgado do HC nº 126.292/SP, e os possíveis efeitos da prisão em segunda instância. Sendo assim, foi necessário refletir se mostra-se necessária a implementação de mudanças legislativas no que

se refere à criação de uma lei específica, ou a nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal é suficiente para garantir a tutela almejada.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dialético para realizar a abordagem do objeto desta pesquisa, a fim de proceder com uma análise que contribua com o avanço nos estudos acerca das polêmicas que envolvem a prisão em segunda instância, e sua constitucionalidade.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, buscando se basear em textos normativos e jurisprudenciais pertinentes à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. CONTROVÉRSIAS QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

A discussão acerca da constitucionalidade da prisão em segunda instância vem ganhando grande repercussão jurídica, social e política, tendo em vista a notoriedade dos casos que se tornaram precedentes na mudança da interpretação constitucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o qual tinha decidido em 2009 pela inconstitucionalidade da prisão em segunda instância, mas recentemente mudou seu entendimento em 2016 ao admitir a execução da pena antes do trânsito em julgado do processo criminal.

Importante observar que antes de 2009, a jurisprudência do STF, sempre teve o entendimento de que, restando para o trânsito em julgado de uma condenação, recursos sem efeito suspensivo (extraordinário e especial), nada impediria a imediata expedição do mandado de prisão. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça se alinhou a esse entendimento por meio da Súmula nº 267, *in verbis*: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Contudo, no Habeas Corpus nº 84.078¹, o STF, em 2009, firmou o entendimento de que a execução da pena antes do trânsito em julgado do processo criminal era incompatível com o princípio da presunção de inocência, baseando-se ainda no contexto social da positivação dos direitos fundamentais, com a promulgação, já não tão recente assim, da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, e nos Tratados Internacionais que o

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

Brasil faz parte, o qual recepcionou no seu próprio ordenamento jurídico, o Pacto de San José da Costa Rica, dispondo no artigo 8.2² sobre o princípio da presunção de inocência.

Observa-se que a própria CRFB/88, no seu artigo 5º, LVII³ prevê a positivação do referido princípio que consiste no fato de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença criminal. Devido ao fato do artigo utilizar a palavra “culpado”, uma parte da doutrina aduz que a Constituição recepcionou o princípio da não-culpabilidade em vez da presunção de inocência, contudo, tal discussão não será aprofundada neste estudo em que adotará o entendimento de Gustavo Badaró⁴ sobre o tema:

Não há diferença de conteúdo entre a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas.

Destarte, em decorrência do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078⁵, houve a edição da Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011, a qual alterou o artigo 283, do Código de Processo Penal⁶, vinculando a execução da pena ao momento em que ocorrer o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, de modo que o entendimento em comento impedia a prisão em segunda instância, sob o argumento de ofender o princípio constitucional da presunção de inocência.

Esse entendimento jurisprudencial também é compartilhado pela maioria da doutrina, a qual se posiciona pela inconstitucionalidade da prisão em segunda instância, sob o argumento que estaria ferindo o preceito constitucional supracitado, em que deve ser interpretada a Magna Carta no seu sentido literal de forma restritiva, não havendo que se falar em uma nova interpretação do que seria a definição de trânsito em julgado, haja vista que a norma é clara, devendo ser respeitados os preceitos processuais-constitucionais expostos.

Nesse sentido, Badaró⁷ preceitua contra a decisão que entendeu ser constitucional a prisão em segunda instância:

²BRASIL. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

⁴BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 65.

⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

⁷BADARÓ, op. cit., p.65.

A decisão é equivocada, restringindo indevidamente a garantia constitucional. O art 5º, *caput*, LVII, da CR, estabelece como marco final da presunção de inocência o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, e não “o acórdão condenatório em segundo grau”! A diferença prática das duas posições é que o novo posicionamento do STF implica negar efeito suspensivo ao recurso especial extraordinário. Logo, poderão os tribunais locais, em caso de acórdão condenatório, determinar a expedição do mandado de prisão, como efeito da condenação a ser provisoriamente executada.

O STF passou a adotar o mesmo entendimento do que a dos doutrinadores, até 2016, quando no Habeas Corpus nº 126.292⁸ em uma decisão apertada, por 7 votos a 4, mudou seu posicionamento em relação a prisão em segunda instância ao julgar o caso do ex-presidente, Luiz Inácio Lula da Silva. A Suprema Corte brasileira, a partir de uma nova interpretação constitucional, decidiu pela constitucionalidade da prisão em segunda instância, visando a execução da pena antes da sentença criminal transitar em julgado.

Verifica-se que essa recente mudança de entendimento do STF trouxe muitas polêmicas, visto que trata-se de uma posição considerada minoritária da doutrina que foi aplicada a um caso midiático e notório, de grande relevância política.

Sendo assim, independente de qualquer posicionamento político, é essencial que seja analisado os fundamentos técnicos dessa posição, a qual atualmente, é considerada minoritária, de modo que não pode ser tratada apenas pelo viés processual penal, haja vista que os argumentos que dizem respeito a relativização do momento do trânsito julgado, e de uma leitura do artigo 5º, LVII, da CRFB/88⁹ são superficiais para embasar a possibilidade da prisão em segunda instância, a qual deve ser analisada sob o prisma constitucional.

O princípio da presunção de inocência não pode ser visto de forma absoluta. Haja vista que, como qualquer outra garantia fundamental, deve haver uma devida ponderação entre este e os outros princípios constitucionais, adotando-se uma técnica de ponderação, em que analisando a especificidade de cada caso, verifica-se qual princípio é o mais adequado para ser aplicado ao caso concreto.

Com isso, torna-se imprescindível delimitar o tema do estudo em questão, visto que após o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292¹⁰ pelo STF, uma brecha foi aberta para a possibilidade da aplicação da prisão em segunda instância e da mitigação do princípio da presunção de inocência em razão de outros princípios constitucionais: o princípio da duração razoável do processo e o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

⁹BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁰BRASIL op. cit., nota 8.



Contudo, tal relativização não pode ser aplicada de forma arbitrária, devendo ser realizada em caráter excepcional, para fins de evitar recursos protelatórios. Tendo em vista que, atualmente, constata-se uma ineficácia no sistema penal brasileiro, sendo necessária uma nova interpretação constitucional acerca do tema, de forma ampla, ao invés de se limitar ao que está escrito no dispositivo no art. 5º, LVII da CRFB/88¹¹.

Dessa forma, é preciso aplicar uma visão pragmática ao atual contexto jurídico-social, a fim de dar efetividade ao sistema penal brasileiro, o qual se encontra defasado, como uma solução com o propósito de possibilitar para a sociedade, como um todo, os melhores resultados possíveis. Barroso destaca no seu voto do Habeas Corpus nº 126.292¹² as seguintes características do pragmatismo que tornam viáveis esse tipo de solução:

O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete.

Vale ressaltar, que no constitucionalismo moderno, não existe um direito absoluto, visto que todos são passíveis de relativização, com a devida ponderação e observância da dignidade da pessoa humana, em que diante de um conflito aparente de princípios constitucionais, a interpretação de forma axiológica é necessária para a evolução do direito que não pode ficar restrito à literalidade da lei.

Com isso, o princípio da presunção de inocência deve ser interpretado em harmonia com os demais princípios constitucionais, principalmente o princípio da duração razoável do processo, e o da proporcionalidade no que tange à vedação da proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionais.

2. DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DA PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, APÓS O JULGADO DO HC 126.292/SP DO STF

Inicialmente, é necessário explicitar a diferença entre princípio e regra, para análise da mitigação do princípio da presunção de inocência em questão, haja vista a similaridade entre esses dois institutos, visto que ambos são espécies provenientes do gênero norma, o que gera confusões na aplicabilidade e interpretação da lei.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 3.

¹²BRASIL, op. cit., nota 8.

Na doutrina, vários autores buscaram fazer uma distinção entre regras e princípios, contudo a diferenciação de Robert Alexy parece ser a mais acertada, visto que há uma fundamentação mais precisa sobre os referentes institutos.

Baseando-se nas considerações de Dworkin¹³ (tudo ou nada) sobre o tema, Alexy defende que princípios são mandados de otimização que devem ser aplicados dentro das possibilidades jurídicas existentes, de modo que, havendo princípios colidentes, deve ser aplicada a ponderação de princípios. Nesse sentido, preceitua Humberto Ávila¹⁴ sobre Alexy:

Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão entre os princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.

Dessa forma, verifica-se que a diferença entre regras e princípios decorre de que estes possuem apenas uma dimensão de peso¹⁵, podendo ser aplicados em diferentes graus, não influenciando de forma direta as consequências normativas, como nas regras que definem normas que devem ser cumpridas, de forma obrigatória, onde um conflito entre regras deve ser resolvido no plano da validade, com uma declaração de invalidade ou uma exceção que exclua a antinomia¹⁶.

Com isso, verifica-se que não pode ser atribuído um caráter absoluto aos princípios, haja vista que estes estão sujeitos a ponderação, em que deve ser feito um sopesamento entre eles em casos de conflito, por meio do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser observado o núcleo essencial de cada princípio.

A ponderação decorre do fato de que nem sempre é possível aplicar a subsunção ao caso concreto, não sendo possível aplicar critérios hierárquicos, cronológicos ou de especialidade, quando se trata de conflito entre direitos fundamentais e princípios, de modo que essa técnica de hermenêutica constitucional está sendo cada vez mais utilizada no ordenamento jurídico pátrio¹⁷.

¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p.56.

¹⁴Ibidem, p. 57.

¹⁵Ibidem.

¹⁶Ibidem, p. 59.

¹⁷ 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, p.154.



Conforme leciona Barroso¹⁸, a ponderação pode ser descrita como um processo de três etapas, a qual na etapa final ocorre a fase dedicada à decisão do conflito entre normas nos seguintes termos:

Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa, e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse procedimento intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou da razoabilidade.

No caso do julgamento do HC nº 126.292/SP¹⁹, o STF realizou o método de ponderação entre princípios constitucionais, onde não há que se falar de caráter “absoluto” do princípio da presunção de inocência, visto que vai contra a própria definição do que é princípio, conforme já exposto anteriormente.

Não se pode confundir regra com princípio, pois se tratam de dois institutos completamente diferentes, analisados em planos totalmente divergentes, em que a ponderação atribuída ao caso não buscou invalidar o princípio da presunção de inocência ou ignorar sua aplicação. Outrossim, aplicá-lo em um grau menor, em face da prevalência do princípio da duração razoável do processo, no caso em questão, devido a sua violação, haja vista que buscaram-se aproveitar de artifícios recursais para postergar o cumprimento de uma decisão que já teve o seu mérito discutido.

Nesse sentido, segue o trecho do voto do Ministro Edson Fachin, acerca do tema no julgamento do HC nº 126.292/SP²⁰:

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes. Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado.

¹⁸Ibidem, p.156.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁰Ibidem.

Outro princípio que deve preponderar no caso concreto, é o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente. A proporcionalidade, no seu aspecto positivo, visa proteger o indivíduo que vê seus direitos violados, quando o Estado deixa de agir ou atuar de maneira satisfatória para proteger os direitos e princípios fundamentais previstos na Constituição.

Assim, observa-se que o princípio da presunção de inocência não pode ser utilizado como uma roupagem para perpetuar um sistema penal ineficaz, sendo utilizado como pretexto para manter um sistema, no qual o indivíduo pode se aproveitar da sua própria torpeza, por meio de recursos protelatórios, a fim de evitar que a função estatal cumpra o seu papel de defender o interesse público.

Nesses casos, deve ser observado que ocorre uma violação dos bens jurídicos tutelados no código penal, quando este instrumento de proteção aos direitos fundamentais perde a sua efetividade, devido a aplicação de forma oportunista do princípio da presunção de inocência, afetando os direitos fundamentais da sociedade como um todo em razão da impunidade gerada pela constante interposição de recursos protelatórios que visam adiar a aplicação da lei penal.

Nessa esteira, preceitua o Ministro Luís Roberto Barroso²¹, no seu voto do HC nº 126.292/SP:

Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal. Estão em jogo aqui a credibilidade do Judiciário – inevitavelmente abalada com a demora da repressão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal.

Importante ressaltar que com a ponderação, o princípio da não-culpabilidade não deixará de ser aplicado, onde somente será atribuído outro peso a sua aplicação, em que a prisão em segunda instância não pode ser definida como sinônimo de atribuição de culpa ao acusado, cujos direitos continuarão previstos na constituição, de modo que aquele somente será considerado culpado em definitivo após o trânsito em julgado.

Afinal, não há nenhum impeditivo no texto constitucional acerca da prisão em segunda instância que era aplicada originalmente pelo STF, até mudar seu entendimento em 2009. Dessa forma, verifica-se que no julgamento do HC nº 126.292/SP²², o STF apenas

²¹Ibidem.

²²Ibidem.

retomou ao seu entendimento original acerca do tema, o qual atribuiu uma nova interpretação ao trazer a ponderação entre os princípios expostos.

3. DAS CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO DA PONDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após o julgamento do HC nº 126.292/SP²³, com a possibilidade jurídica da prisão em segunda instância, baseado na ponderação do princípio da presunção de inocência, foi aberta a discussão acerca do tema e de seus impactos ao ordenamento jurídico pátrio.

Apesar de muitos afirmarem que a execução da pena antes do trânsito em julgado do processo criminal traria inúmeras injustiças, em razão da realização de prisões indevidas, visto que ainda há possibilidade de reforma da decisão nas instâncias superiores, o Ministro Luís Roberto Barroso traz no seu voto do HC nº 126.292/SP²⁴, estatísticas que demonstram que não há que se falar em tal impacto ao ordenamento jurídico brasileiro:

Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%.

Além disso, verifica-se, empiricamente, que a maioria dos recursos interpostos nas instâncias superiores são relacionadas aos crimes do colarinho branco cometidos pelas classes mais altas pela sociedade, haja vista que, infelizmente, as pessoas mais pobres não possuem acesso adequado ao judiciário, nem recursos para prover advogados que possam interpor recursos protelatórios a fim de adiar a execução da sua pena restritiva de liberdade, em que sua maioria, já se encontram até presos preventivamente.

Nessa esteira, leciona Foucault²⁵:

processos que encontramos atrás de toda uma série de afirmações bem estranhas à teoria penal do século XVIII: que o crime não é uma virtualidade que o interesse ou as paixões introduziram no coração de todos os homens, mas que é coisa quase exclusiva de uma certa classe social: que os criminosos que antigamente eram encontrados em todas as classes sociais, saem agora ‘quase todos da última fileira da ordem social’ (...) nessas condições seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas

²³Ibidem.

²⁴Ibidem.

²⁵FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 35.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 229.

e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem.

Logo, se conclui que essa mutação constitucional referente ao entendimento sobre a prisão em segunda instância deve prevalecer no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de dar maior efetividade ao nosso sistema penal, e diminuir as impunidades geradas pela interposição de recursos meramente protelatórios. Desse modo, alinhamentos devem ser feitos na jurisprudência e na legislação brasileira, conforme o que foi disposto no HC n° 126.292/SP²⁶.

Sendo assim, conforme já exposto no decorrer do presente artigo, a mudança de entendimento recente do STF (não tão recente assim, afinal, houve apenas a retomada de um posicionamento já adotado por décadas pelo STF, antes do julgamento do Habeas Corpus n° 84.078²⁷ em 2009) trouxe muitas polêmicas, visto que trata-se de uma posição minoritária da doutrina que foi aplicada a um caso midiático e notório, de grande relevância política.

Com isso, houve a possibilidade desse entendimento passar a fazer parte do texto legal por meio do Projeto de Lei Anticrime apresentado em fevereiro de 2019 pelo Ministro da Justiça, Sergio Moro, o qual prevê a possibilidade da prisão em segunda instância nos casos em que não há mais instrução probatória, onde já houve discussão do mérito, cabendo apenas recurso perante os tribunais superiores.

No entanto, verifica-se que há entraves para a produção do referido texto legal, em que torna-se claro que a decisão pela prisão em segunda instância gerou um efeito *backlash*²⁸ no ordenamento jurídico, o que significa uma grande reação de um determinado grupo da sociedade em razão da mudança de eventos recentes na sociedade ou na política, como no presente caso, em que a maioria da comunidade jurídica é contra o posicionamento adotado pelo STF em relação à execução provisória da pena.

Nesse sentido, vale mencionar as lições de Marmelstein²⁹ sobre como esse efeito:

²⁶BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁸PERALTA, Talita Junqueira. *Prisão em segunda instância e efeito backlash*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/pdf/TalitaJunqueiraPeralta.pdf> Acesso em: 15 set 2019.

²⁹MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. [Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália.] Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/zo9f5fp042ght2w/Marmelstein%20George%20Efeito%20Backlash%20da%20Jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20Constitucional%20%28Bolonha%29.pdf?dl=0>>. Acesso em: 15 set. 2019.

(1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim do processo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

Assim, devido a grande influência da opinião pública e da comunidade jurídica contra a prisão em segunda instância sob o pretexto de estar ferindo o texto constitucional, e o princípio da presunção de inocência, a Segunda Turma do Superior Tribunal Federal, recentemente, optou por ir contra a decisão do plenário ao decidir no Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 151.430³⁰ pela impossibilidade da aplicação da prisão em segunda instância no caso concreto.

Conforme voto do Ministro Ricardo Lewandowski³¹:

II - A decisão combatida, ao invés de suficiente fundamentação, contém apenas remissão aos julgamentos do HC 126.292/SP e do ARE 964.246-RG/SP pelo Tribunal Pleno deste Supremo Tribunal como argumento para decretação do início da execução da pena imposta ao paciente, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. III - Não se afigura, pois, revestida de motivação hábil, sobretudo se contrastadas com o art. 5º, LVII e LXI, do texto constitucional, que, respectivamente, garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e assegura a todos o direito de não ser preso “senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Observa-se que é atribuída a essa interpretação do princípio da presunção de inocência um caráter de cláusula pétreia o qual não possui, haja vista que trata-se de um princípio o qual é passível de ponderação, como já foi explicitado, não estando incluso no rol do do art. 60 §4º da Constituição Federal.

Portanto, o referido princípio constitucional está sujeito a hermenêutica jurídica e a mutação constitucional, de modo que não pode obter um status de imutabilidade por

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Reg no HC nº 151.430*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC151430RL.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2019.

³¹Ibidem.

conveniência da classe jurídica, quando não há nenhum entendimento, ou posição pacificada, tanto pelo legislativo quanto pelo judiciário, sobre o assunto.

Vale frisar, que tal decisão da Segunda Turma do STF não é vinculante, pois não foi julgado pelo pleno. Aguarda-se novamente a análise do plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade da prisão em segunda instância em outubro de 2019, quando ocorrerá o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs), números 43 e 44, onde se espera dirimir definitivamente a controvérsia sobre o tema.

Infelizmente, tudo indica que o STF irá ceder ao efeito *backlash*³² e deixará de aplicar a prisão de segunda instância, ignorando o fato de que houve uma mudança na realidade fática, na percepção do Direito em si, onde as consequências dessa mudança jurisprudencial irão contribuir com a impunidade daqueles que possuem condições para pagar grandes escritórios de advocacia, os quais continuarão a encher o judiciário de recursos protelatórios, a fim de garantir o prosseguimento do sistema corrupto que assola nosso país.

CONCLUSÃO

Conforme explicitado ao longo deste artigo, o tema acerca da aplicação da prisão em segunda instância possui muitas controvérsias, tendo em vista as recentes mudanças de entendimento do Supremo Tribunal Federal, em que ao julgar o HC nº 126.292/SP voltou ao seu posicionamento original, anterior a primeira mudança de entendimento em 2009, atribuindo a possibilidade da mitigação do princípio da presunção de inocência, a partir de uma mutação constitucional, visando a constitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado do processo criminal.

Devido a grande repercussão social e política no julgamento do HC nº 126.292/SP, o qual trouxe a tona a discussão acerca da prisão em segunda instância e as consequências da sua aplicação, em um caso de grande notoriedade midiática pelo acusado se tratar do ex-presidente da república, Luiz Inácio Lula da Silva, restou verificado que deve ser feita uma análise sobre a aplicabilidade desse instituto com cautela, não cabendo ser realizada uma interpretação política ou ideológica sobre a matéria.

Assim, para evitar qualquer tipo de arbitrariedade que pudesse gerar uma real contradição em face dos preceitos constitucionais, o tema foi delimitado para tratar somente dos casos, onde deve ser realizada a mitigação do princípio da presunção de inocência nas

³² PERALTA, op. cit., nota 28.

hipóteses de recursos meramente protelatórios, visto que ocorrem muitos abusos na aplicação desse princípio, quando atribuído um caráter absoluto, o qual não possui.

Dessa forma, é imprescindível diferenciar os conceitos de regra e princípio. Ao longo deste trabalho foi ressaltado o caráter relativo deste último, e sua dimensão de peso, na qual em caso de conflito entre princípios deve ser aplicada a técnica de ponderação.

Com isso, ficou claro que nos casos de aplicação da prisão em segunda instância para fins de evitar recursos protelatórios, deve ser realizada uma ponderação entre o princípio da presunção de inocência e os princípios da duração razoável do processo e o da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.

Restou demonstrado também que não pode ser atribuído ao princípio da presunção de inocência um status de cláusula pétrea em relação à sua interpretação no que tange a prisão de segunda instância, visto que por se tratar justamente de um princípio, o mesmo está sujeito a diferentes interpretações e relativizações.

Sendo assim, a prisão em segunda instância deve ser aplicada para casos específicos, com a finalidade de reduzir os recursos protelatórios, onde deve ser atribuído um peso maior a necessidade de trazer uma eficácia ao nosso sistema penal que se encontra lotado de recursos interpostos nas instâncias superiores apenas com intuito de adiar a condenação de processos criminais em que não cabe mais discussão sobre o mérito.

Ressaltou-se que a maioria dos recursos interpostos nas instâncias superiores estão relacionados aos crimes cometidos pelas classes mais altas da sociedade, os crimes de colarinho branco, haja vista que, infelizmente, os economicamente hipossuficientes não possuem o mesmo acesso à justiça, ou os recursos necessários para pagar um advogado que interponha uma série de recursos protelatórios para adiar a sua condenação.

Desse modo, o princípio da presunção de inocência somente é aplicado quando convém, mantendo a impunidade para os corruptos endinheirados, enquanto os mais pobres, por muitas vezes, são presos preventivamente de forma arbitrária, sem nem ao menos terem o luxo de serem considerados inocentes no decorrer da persecução penal.

Quanto às consequências dessa mudança de entendimento do STF ao admitir a prisão em segunda instância, visando um viés mais pragmático, restou exposto que houve uma grande reação contrária a esse posicionamento, por parte da comunidade jurídica, gerando um efeito *backlash* à essa mudança de interpretação da constituição, de forma que, provavelmente, o STF irá ceder a pressão popular, mudando novamente seu entendimento.

O julgamento do HC nº 151.430 já um indicativo que o STJ irá ceder ao efeito *backlash*, portanto, ficou concluído que tal decisão além de causar uma grande insegurança

jurídica à análise do tema, causará um retrocesso na luta contra a impunidade, em que o judiciário irá ignorar as mudanças da nossa realidade fática e a necessidade de dar eficácia ao sistema penal brasileiro, em face do conservadorismo da nossa comunidade jurídica.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. *Presunção de inocência: A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 281, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5740-Presuncao-de-inocencia-Apre-ocupacao-de-inocencia-e-o-julgamento-do-HC-126292SP-pelo-STF>. Acesso em: 11 mar. 2019

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

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.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 1764. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 2004. Disponível em: <<https://direitofma2010.files.wordpress.com/2010/05/norberto-bobbio-a--dos-direitos.pdf>>. Acesso em: 10 mar. de 2019.

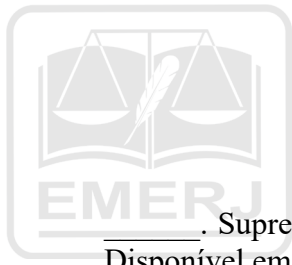
BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *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.

_____. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 151.430*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://bit.ly/36jqzGH>>. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://bit.ly/3aynqGj>>. Acesso em: 08 abr. 2019.



Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº126.292/2016*. Relator: Teori Zavascki
Disponível em: <<http://bit.ly/2GaEi86>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. [Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália.] Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/zo9f5fp042ght2w/Marmelstein%2C%20George%20%20Efeito%20Backlash%20da%20Jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20Constitucional%20%28Bolonha%29.pdf?dl=0>>. Acesso em: 15 set. 2019.

PERALTA, Talita Junqueira. *Prisão em segunda instância e efeito backlash*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/pdf/TalitaJunqueiraPeralta.pdf> Acesso em: 15 set 2019.

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

A EUTANÁSIA, O DIREITO DE MORRER E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO PENAL: ANÁLISE DA TIPICIDADE NO PROJETO DE LEI Nº 236/12 DO SENADO FEDERAL

Mariana Goulart

Graduada pela Faculdade IBMEC. Advogada.

Resumo – O presente artigo visa a evidenciar o instituto da eutanásia, discorrendo sobre toda a polêmica no qual está envolvido e sobre as principais posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. Observa-se que o tema em questão está intrinsecamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, com o direito à vida e o direito à liberdade. Objetiva-se responder se existe o direito de morrer de forma digna, o que significa atender ao pedido de um paciente que, acometido por doença incurável e que lhe cause extremo sofrimento, solicita o abreviamento da sua vida para que esta chegue ao fim. No Brasil, atualmente, o Código Penal não tipifica a prática da eutanásia, alocando a conduta no art. 121, §1º, isto é, como homicídio privilegiado. Observa-se, porém, que, com o avanço do tema no direito comparado, com o julgamento da ADI 3.510 pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro e com o Projeto de Lei nº 236/12, o qual pretende tipificar a prática da eutanásia, pondera-se a viabilidade de não imputação de pena ao sujeito ativo da eutanásia em determinada situação, tal qual na hipótese de ortotanásia.

Palavras-Chave – Direito Penal. Direito Constitucional. Eutanásia. Direito de Morrer.

Sumário - Introdução. 1. A eutanásia e o direito de morrer à luz da CRFB/88. 2. A repercussão da eutanásia no atual Código Penal. 3. A análise da tipicidade específica da eutanásia no projeto de lei nº 236/2012 do senado federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute as implicações da eutanásia no Direito Penal, mais especificadamente a eutanásia, o direito de morrer e suas implicações no direito penal por meio da análise da tipicidade no Projeto de Lei nº 236/12 do Senado Federal.

A eutanásia é um assunto dotado de alta complexidade por envolver questões religiosas, éticas, penais e ligadas à medicina. Na legislação penal infraconstitucional, o atual código penal (1940) não elenca de forma explícita e objetiva a prática da eutanásia. A criminalização ocorre por meio da figura do “homicídio privilegiado” (artigo 121, §1º do CP) e da “instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio” (artigo 122 do CP).

O projeto de Lei nº 125/96 foi o primeiro projeto de lei sobre o assunto, no qual se propunha a legalização da eutanásia, quando atestada, por uma junta de cinco médicos, a inutilidade do sofrimento do doente, desde que requerida pelo paciente ou, estando este impossibilitado, por sua família. Tal projeto encontra-se, porém, arquivado no Senado Federal.

Tramitando no Senado Federal, intitulado como “novo código penal”, encontra-se atualmente o Projeto de Lei nº 236/12, no qual seria criado um tipo objetivo específico para a eutanásia e, no mesmo dispositivo, causas que excluam a sua ilicitude.

Assim, o presente artigo salienta a importância da tipificação expressa e objetiva da eutanásia e suas hipóteses de excludente de ilicitude, a fim de garantir ao paciente ou a sua família, caso este se encontre impossibilitado, o direito de ter uma morte digna.

No primeiro capítulo abordar-se-á a eutanásia e o direito de morrer à luz da CF/88 a fim de assegurar, em determinados casos, o direito a uma morte digna e de desmitificar a prática da eutanásia.

Em seguida, no segundo capítulo, ponderar-se-á o alcance e as implicações da omissão legislativa na tipificação objetiva e específica do crime de eutanásia atualmente no direito brasileiro a partir da aplicação do crime de Homicídio Privilegiado como alternativa para criminalização da eutanásia.

Por fim, no terceiro capítulo, buscar-se-á analisar a tipificação da eutanásia pelo Projeto de Lei nº 236/12, quais são suas implicações para o direito penal, em quais hipóteses a ilicitude estaria afastada e o modo como isso afetaria a sociedade, a partir da defesa das hipóteses de exclusão da ilicitude trazidas pelo Projeto de Lei nº 236/12.

A pesquisa possui como abordagem um viés qualitativo, 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.

Quanto ao procedimento, realizar-se-á a pesquisa bibliográfica, constituída principalmente de artigos científicos e livros, haja vista a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla que esse tipo de investigação permite, e a pesquisa comparada mediante a investigação de fatos, coisas ou pessoas, expondo suas diferenças e semelhanças.

Por fim, quanto aos objetivos da pesquisa, pretende-se que seja exploratória, isto é, um estudo caracterizado por conter um processo de pesquisa flexível e não estruturado. Faz a análise de dados primários, considerando uma amostra pequena, em uma abordagem geralmente qualitativa; descritiva, isto é, observa, analisa e registra fatos e fenômenos, sem que haja margem para a manipulação dos dados; explicativa, tendo como principal preocupação, identificar os fatores que contribuem com a ocorrência de um fenômeno. Ela está diretamente relacionada aos métodos experimentais e serve para dar continuidade às pesquisas exploratórias e descritivas.

1. A EUTANÁSIA E O DIREITO DE MORRER À LUZ DA CRFB/88

A Constituição Federal de 1988¹ assegura aos cidadãos, em seu artigo 5º, caput, o direito à vida como direito fundamental. É certo que o direito à vida goza de uma proteção maior que os demais, entretanto, assim como os outros, não deve ser visto como absoluto, tampouco deve afigurar-se como um dever.

Inúmeras teorias buscam explicar o momento quando se inicia a vida, porém nenhuma delas traz uma definição do direito à vida em si. Vida, nas palavras de José Afonso da Silva², deve ser entendida como:

[...] vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas a sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

O direito à vida está intrinsecamente ligado ao direito à saúde, previsto na CRFB/88 em seu artigo 196³, e deve ser conceituado não apenas levando em consideração seus aspectos materiais, isto é, físicos e psíquicos, mas também os aspectos espirituais capazes de guiar o ser humano em sua coletividade. Todas essas dimensões reunidas formam o conceito de vida.

Em virtude disso, partindo de uma interpretação teleológica, pode-se afirmar que a CFRB/88, ao elencar o direito à vida como um direito fundamental e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil, está, na verdade, assegurando o direito a uma vida digna.

A vida termina com a morte, devendo esta ser entendida como uma fase integrante da vida e não como um evento externo. A morte consiste, na verdade, no término do processo de viver. É a última etapa do ciclo da vida. Se o homem é um ser mortal, naturalmente sua vida termina com a morte⁴. Porém, esse entendimento lógico ainda encontra óbice na sociedade atual, o que dificulta seu estudo, principalmente no campo jurídico.

¹BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

²SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003 p.196.

³BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴ OLIVEIRA, Aluísio Santos de. O direito de morrer dignamente. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev.2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21065>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

Sendo assim, se a morte fosse encarada como parte integrante da vida, isso permitiria que a medicina se preocupasse não só com a cura do paciente, mas também com o seu bem-estar, concentrando-se na salvaguarda da qualidade de vida do enfermo.

O ordenamento jurídico brasileiro nada dispôs sobre a existência de um direito de morrer dignamente, limitou-se apenas a não criminalizar o suicídio, por motivos óbvios, nem penalizar o indivíduo que não queira buscar tratamento para sua enfermidade.

O direito à morte digna não se confunde com o direito à morte. O primeiro diz respeito a uma morte humanizada, com a utilização de meios específicos que objetivem amenizar as manifestações da doença em estágio terminal. Defender o direito de morrer dignamente não consiste em defender qualquer procedimento que cause ou acelere a morte do paciente, mas sim em reconhecer sua liberdade e sua autodeterminação quanto à escolha do melhor procedimento para si próprio⁵.

A morte digna resulta da liberdade de escolha do indivíduo e não de uma imposição do Estado. Ao mesmo tempo em que oferece meios para que as pessoas vivam dignamente, o Estado deveria também disponibilizar mecanismos para que elas optassem por morrer dignamente. A grande questão é romper com o contrassenso que existe no fato de o indivíduo poder optar por aquilo que mais lhe convém durante sua vida toda e, ao final dela, ser impedido pelo Estado.

Não é possível falar sobre direito de morrer dignamente sem discorrer sobre os conceitos de eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido.

A eutanásia consiste na conduta de provocar morte (indolor) a um paciente atingido por uma doença sem cura que causa sofrimento e/ou dor insuportáveis⁶ e pode ser classificada de várias formas:

Primeiramente, quanto ao tipo de ação, a eutanásia pode ser ativa: quando há o ato deliberado de provocar morte sem sofrimento no paciente, por fins misericordiosos. Eutanásia passiva ou indireta decorre de uma “não ação”, isto é, quando a morte do paciente ocorre dentro de uma situação de terminalidade ou porque não se inicia uma ação médica ou pela interrupção de uma medida extraordinária, com o objetivo de minorar o sofrimento⁷.

⁵ SENGÉS, Giselle. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a uma morte digna*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68663/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-o-direito-a-uma-morte-digna>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

⁶ DICIO, *Dicionário Online de Português*. Porto: 7Graus, 2018. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/eutanasia/>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

⁷ FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. *Tipos de eutanásia*. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutantip.htm>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

Quanto ao consentimento do paciente, existe a eutanásia voluntária, que ocorre quando a morte é provocada atendendo a uma vontade do paciente, a eutanásia involuntária, quando a morte é provocada contra a vontade do paciente, e a eutanásia não voluntária, quando a morte é provocada sem que o paciente tenha manifestado sua posição em relação a ela⁸.

A distanásia, por sua vez, consiste na morte lenta com excesso de dor e angústia⁹. Segundo Maria Helena Diniz¹⁰, trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou de um tratamento inútil; Não objetiva prolongar a vida, mas sim o processo de morte. A distanásia é uma prática adotada em muitas nações, entre elas, é possível incluir o Brasil.

A ortotanásia é a morte pelo seu processo natural. Nesse tipo, o paciente encontra-se em processo natural de morte e é amparado para que o fim chegue. É semelhante à eutanásia passiva e consiste em atenuar o sofrimento de um doente terminal por meio da interrupção de tratamentos que prolongam a vida, mas que não possuem eficácia curativa nem melhoram a enfermidade. Somente o médico pode realizar a ortotanásia. Isso porque, em tese, o médico não está obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade deste, e muito menos apaziar sua dor.

Por fim, o suicídio assistido ocorre quando uma pessoa quer tirar a própria vida e pede auxílio a um terceiro, médico ou não, para que isso ocorra. O suicídio assistido, quando não possui relação com pessoas em estágio terminal ou mesmo em intenso sofrimento em virtude de doenças, em nada se relaciona com a eutanásia. Assim, para que o suicídio assistido se enquadre na hipótese de eutanásia, é necessário que o enfermo solicite ajuda de um médico para morrer, em virtude da insuficiência de métodos terapêuticos e paliativos contra dores.

Outro ponto importante quando se encontra em jogo a discussão da aceitação ou não da eutanásia e sua confluência com o direito à vida está relacionado à influência que as igrejas católicas e evangélicas exercem no Brasil. Segundo as doutrinas praticadas por elas, é inadmissível a prática da eutanásia. Isso porque a ninguém caberia o direito de tirar a vida de outro, mesmo em se tratando de uma doença sem cura, mas tão somente Deus teria esse direito. Sendo assim, conforme o seu preceito, não se trataria de um ato de misericórdia, mas de um pecado.

⁸Ibidem.

⁹ OLIVEIRA, op. cit., nota 4.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 101.

No campo da Bioética¹¹ e do Biodireito¹², a eutanásia ganha grande destaque, haja vista que tanto em um quanto em outro busca-se a implementação do princípio da autonomia, da dignidade da pessoa humana e da beneficência.

2. A REPERCUSSÃO DA EUTANÁSIA NO ATUAL CÓDIGO PENAL

No ordenamento jurídico brasileiro, nunca houve uma tipificação autônoma e expressa que criminalize a prática da eutanásia.

Historicamente no Brasil, pela primeira vez, o Código Criminal Brasileiro¹³, Lei de 16 de dezembro de 1830, atribuiu à prática da eutanásia o crime de “ajudar alguém a suicidar-se, ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa”, previsto no artigo 196.

Atualmente, a eutanásia é tratada pelo ordenamento jurídico como crime. Porém, como já dito, não há uma tipificação autônoma para tal delito. Desse modo, tanto a doutrina como a jurisprudência afirmam que a prática da eutanásia representa a figura típica do homicídio privilegiado por relevante valor moral, previsto no artigo 121, parágrafo 1º do Código Penal¹⁴.

Considera-se homicídio simples a conduta de matar alguém. Além disso, há previsão no Código Penal, conforme dito acima, de uma causa de diminuição de pena denominada homicídio privilegiado, que consiste na conduta do agente de cometer o crime impelido por relevante valor moral ou social, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima. Nesses casos, o juiz poderá reduzir a pena do agente na proporção de um sexto a um terço¹⁵.

¹¹ Bioética é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 6 e 7.

¹² Biodireito pode ser definido como novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre bioética e o direito. É o ramo do direito público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia, peculiaridades relacionadas ao corpo e à dignidade da pessoa humana. *Ibid.*, p. 17.

¹³BRASIL. *Lei, de 16 de dezembro de 1830*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹⁴BRASIL, *Decreto-lei nº 2848/1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹⁵ *Ibid.*

No campo da medicina, a prática da eutanásia também constitui infração à ética médica, conforme se observa no Código de Ética Médica, capítulo I, item 4, e capítulo V, artigo 41¹⁶:

capítulo I, item 4: O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

capítulo V, artigo 41: é vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Dessa forma, segundo o Código Penal atual, independentemente da existência ou não de consentimento da vítima ou de seus familiares e, ainda, independentemente de quem o pratique, isto é, médico ou outra pessoa, não se descaracteriza o crime de homicídio.

Ocorre que, quando essa prática é cometida por razões piedosas ou misericordiosas, num contexto de provocar morte (indolor) a um paciente atingido por uma doença sem cura, que cause sofrimento e/ou dor insuportáveis, em que haja o envolvimento do desejo do paciente ou de sua família, isto é, num contexto de eutanásia, é possível que seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no §1º do artigo 121 do Código Penal¹⁷, considerando que o agente cometeu o crime impelido por motivo de relevante valor moral.

Segundo Damásio de Jesus¹⁸, o motivo de relevante valor moral “diz respeito a interesse particular”.

Com relação à causa de diminuição de pena, esta terá incidência na terceira fase da dosimetria e, para se estabelecer o patamar de redução entre 1/3 (um terço) e 1/6 (um sexto), a jurisprudência orienta a análise da relevância do valor moral ou social do agente naquelas circunstâncias, devendo aproximar-se do grau máximo de redução quando a circunstância que motivou a ação do agente tiver sido preponderante para o cometimento do delito¹⁹.

Outra discussão importante acerca da causa de diminuição é se sua aplicação seria facultativa ou obrigatória. Para a doutrina majoritária, capitaneada por Rogério Grecco²⁰, a redução, uma vez reconhecida pelo tribunal do júri é de aplicação obrigatória pelo juiz. Isso

¹⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1.931/09*. Disponível em: < <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 15.

¹⁸ JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 581.

¹⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *AC nº 048109001932*. Relator. Sérgio Bizotto Pessoa de Mendonça. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm> Acesso em: 24 ago. 2019.

²⁰ GRECCO, Rogério. *Código Penal comentado*. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 478.

porque, em que pese ao Código Penal tenha utilizado a expressão “o juiz pode”, trata-se de verdadeiro direito subjetivo do réu. Nesse mesmo sentido, tem decidido a jurisprudência brasileira (STJ, REsp nº 64.374²¹). Porém, é possível encontrar alguns julgados isolados que afirmam ser de aplicação facultativa do juiz, tendo em vista a literalidade da expressão “o juiz pode”.

Vale lembrar que a hipótese configurada acima não se confunde com o ato do médico displicente que deixa de ministrar o tratamento necessário. Essa última hipótese caracteriza homicídio, de acordo com o ordenamento vigente. Tem-se, nesse caso, o crime comissivo por omissão, no qual o médico assume o papel do garantidor, razão pela qual responde como se tivesse efetuado o ato, conforme artigo 13, parágrafo 2º, *alínea* a, do Código Penal²².

No caso do suicídio assistido, o Código Penal, em seu artigo 122²³, criminaliza expressamente a conduta daquele que auxilia, instiga ou induz uma pessoa a suicidar-se.

Observa-se que não há um consenso doutrinário sobre a prática da eutanásia. Em sentido favorável, Evandro Correa de Menezes²⁴ vê a eutanásia como dever de humanidade, devendo ser aplicada a isenção de pena e não somente o perdão judicial àqueles que matam sob augúrio do consentimento e piedade. Para ele, a lei deveria prever expressamente a atipicidade da prática da eutanásia.

Partilhando desse mesmo entendimento, Von Ihering²⁵ afirma que:

[...] se a soma do mal físico ou moral que a vida traz supera a soma de suas alegrias ou de seus gozos, ela deixa de ser um bem e não é senão um fardo, e da mesma sorte que um homem larga um fardo tornado muito pesado para transportar, o egoísta se desembaraça da vida. O suicídio então se torna a inevitável conclusão do egoísmo.

Em sentido contrário à prática da eutanásia, é possível citar Roberto Lyra²⁶, ao afirmar que "amanhã, ao lado do homicídio piedoso, viriam o contrabando piedoso, o rapto piedoso, o furto piedoso. Não dizem já os ladrões que aliviam suas vítimas? ".

21 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 64.374. 6ª Turma. Relator. Min. Vicente Cernicchiaro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500199513&dt_publicacao=06-05-1996&cod_tipo_documento=1&formato=PDF> Acesso em: 24 ago. 2019.

22 BRASIL, op. cit., nota 15.

23 Ibid.

24 MENEZES, Evandro Corrêa de. *Direito de matar: (eutanásia)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 132.

25 VON IHERING, Rudolf. *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Martin Claret Ltda., 2000, p. 42.

26 LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 430.

A sociedade brasileira adota uma postura de preservação da vida em qualquer situação, de forma que não se admite qualquer hipótese de interrupção ou aceleração da morte.

No direito comparado, a Holanda e a Bélgica expressamente legalizaram a prática da eutanásia. O Uruguai, embora não a tenha expressamente legalizado, foi o primeiro país do mundo a tolerar sua prática, permitindo ao juiz, após análise do caso concreto, decidir pela isenção da pena o agente que abreviar a morte de uma pessoa em estado terminal, desde que cumprido determinados requisitos. Na Suíça, a Corte Federal, a partir de uma interpretação legal mais branda, reconheceu o direito de morrer das pessoas (morte assistida)²⁷.

3. A ANÁLISE DA TIPICIDADE ESPECÍFICA DA EUTANÁSIA NO PROJETO DE LEI Nº 236/2012 DO SENADO FEDERAL

Denominado “Novo Código Penal²⁸”, tramita no Congresso Nacional, desde 2012, o Projeto de Lei nº 236 do Senado Federal²⁹, o qual, além de se propor a fazer uma verdadeira reforma no âmbito do direito penal, pretende prever expressamente como crime autônomo a conduta da eutanásia. Além disso, o projeto também traz uma hipótese em que haverá causa especial de extinção da punibilidade, denominada perdão judicial, e uma hipótese de exclusão da ilicitude:

Eutanásia

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão da Ilícitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em casos de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos, haja consentimento do paciente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Segundo o referido Projeto de Lei, a tipificação consiste no ato de tirar a vida de paciente maior de idade, em estado terminal, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave. Observa-se que, no tocante ao *quantum* de pena,

²⁷ MOLINARI, Mario. *Eutanásia: análise dos países que permitem*. Disponível em: <<https://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116714018/eutanasia-analise-dos-paises-que-permitem>> Acesso em: 24 ago. 2019.

²⁸ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (Novo Código Penal)*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 05 set. 2019.

²⁹Ibid.



impõe ao agente penas mais brandas que o homicídio comum, situação essa já adotada pelo vigente Código Penal, em seu artigo 121, parágrafo 1º,³⁰ no denominado homicídio privilegiado. O tipo penal trazido pelo Projeto de Lei possui características e requisitos bem específicos. Ao passo que se ausente um desses, a conduta deixa de ser tipificada como eutanásia e passa a ser homicídio, por exemplo. Esse é o caso do paciente menor de idade ou mesmo do caso em que não há o consentimento do paciente maior de idade. Outra característica importante desse tipo penal é que qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo do delito e não somente o médico.

No parágrafo 1º do artigo 122 do PLS 236³¹, há previsão de uma hipótese de perdão judicial à eutanásia quando essa for praticada por parente, familiar ou alguém com laços fortes de afeição com o paciente terminal. Nessa hipótese, o juiz deixa de aplicar a pena mediante avaliação das demais circunstâncias do caso concreto.

Tanto o Código Penal atual quanto o PLS 236 afirmam que o perdão judicial é uma causa de extinção da punibilidade. Existem duas correntes sobre a natureza jurídica da sentença concessiva de perdão judicial. A primeira afirma que sentença que concede o perdão judicial é condenatória, uma vez que só há que se falar em perdão se houver um erro cometido anteriormente. Nesse caso, antes de conceder o perdão judicial, cabe ao juiz analisar o caso concreto a fim de identificar se há prova da autoria e materialidade, se há causa excludente da ilicitude e da culpabilidade, para, só depois, condenar o réu e deixar de aplicar a pena concedendo o perdão. Essa orientação acabou sendo reforçada pelo art. 120 do CP, que expressamente diz que sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência³².

Para a segunda corrente, a decisão que reconhece o perdão judicial é uma decisão declaratória de extinção de punibilidade, que não gera nenhuma consequência para o réu, conforme entendimento de Luiz Flávio Gomes, Rogério Lauria Tucci, Delmanto, Fragoso e, também, do Superior Tribunal de Justiça, vide súmula 18 do STJ.³³

Outro instituto trazido pelo artigo 122 do PLS 236³⁴ está previsto no parágrafo 2º, qual seja, uma hipótese de exclusão da ilicitude. De acordo com tal parágrafo, se houver

³⁰ BRASIL. op. cit., nota 15.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 30.

³² PEREIRA. Jeferson Botelho. *Extinção da punibilidade. Uma abordagem sinóptica*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62187/extincao-da-punibilidade-uma-abordagem-sinoptica/1>> Acesso em: 10 set. 2019.

³³ GOMES; et al. apud SCHIAPPACASSA. Luciano. *Qual a natureza jurídica do perdão judicial?* 2008. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/81091/qual-a-natureza-juridica-do-perdao-judicial-luciano-schiappacassa>> Acesso em: 05 set. 2019.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 30.

previamente laudo assinado por dois médicos atestando que a doença que acomete o paciente é grave e irreversível e houver o consentimento do paciente ou, sendo impossível, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão, o sujeito ativo poderá deixar de fazer uso de meios artificiais mantenedores da vida do paciente, não configurando tal prática cometimento de crime.

Observa-se que, nesse último caso, trata-se de hipótese de ortotanásia, que significa a atuação médica por meio de medidas paliativas que visem ao conforto físico, psíquico, social e espiritual do enfermo em estado terminal, dispensando-se a ele os cuidados necessários para aliviar os sintomas que o levam ao sofrimento advindo do avanço da patologia.

A ortotanásia foi implementada pela Resolução CFM nº 1.805/2006³⁵ com a finalidade de alterar a ideia de que a manutenção da vida do paciente deve ser obtida a qualquer custo. Segundo tal resolução,

[...] na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Essa resolução foi, inclusive, questionada perante o Poder Judiciário por meio de uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal da 1ª Região em face do Conselho Federal de Medicina (ACP nº 2007.34.00.014809-3³⁶). Isso porque tal resolução admitiria uma forma de interrupção da vida, o que ia de encontro ao pensamento vigente à época. O *parquet* questionava a validade da norma e pedia a declaração de sua nulidade ou, de forma subsidiária, que fossem estipulados critérios objetivos para a prática da ortotanásia.

A Ação Civil Pública supracitada foi julgada improcedente sob vários fundamentos. Entre eles, pode-se citar que, do ponto de vista constitucional, é possível sustentar a atipicidade (homicídio privilegiado ou omissão de socorro) da conduta médica de deixar de adotar procedimentos terapêuticos excepcionais para prolongar artificialmente o processo de morte do paciente terminal. Ademais, a Resolução não trataria de direito penal, em razão de não haver descriminalização de coisa alguma, mas tão somente colocar o médico a salvo de contestação ético-disciplinar caso decida adotar procedimentos que configurem a ortotanásia.

³⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução Nº 1.805/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em: 10 set. 2019

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. *ACP nº 2007.34.00.014809-3*. Juiz. Roberto Luiz Luchi Demo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 10 set. 2019.



É nesse último ponto que o parágrafo 2º do artigo 122 do PLS 236³⁷ ganharia destaque, porque ampliaria, para o campo penal, a hipótese de exclusão da ilicitude da ortotanásia.

As hipóteses de excludentes de ilicitude são consideradas “causas justificantes”, isto é, razões que permitem justificar a realização de um ato considerado, em princípio, ilícito. As hipóteses podem ser previstas no próprio tipo penal, como é o caso em questão, ou se enquadrarem em previsões gerais de exclusão da ilicitude, como é o caso do artigo 23 do Código Penal³⁸. Em ambos os casos, não haverá crime, pois é ausente a ilicitude da conduta.

Dessa forma, nem na hipótese do parágrafo 1º nem no parágrafo 2º do artigo 122 do PLS 236³⁹ haverá imposição de pena ao sujeito ativo, por se tratar de causas de extinção da punibilidade e causa de exclusão da ilicitude, respectivamente.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, o alcance do direito à vida e a possibilidade de deixar de ser considerado um direito absoluto para, em determinados casos, admitir sua relativização. Isso porque, se a Constituição Federal de 1988 garante o direito de as pessoas terem uma vida digna, por que não garantir a elas o direito de morrer dignamente?

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a sociedade brasileira é marcada por sofrer influências religiosas e, como os representantes do povo nas casas legislativas são um reflexo dessa sociedade, a eutanásia ainda é considerada um assunto “tabu”, o que acaba por enfraquecer também o debate jurídico acerca desse tema.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, verifica-se que há atualmente ausência de tipificação expressa no ordenamento jurídico brasileiro acerca da conduta da eutanásia. Isso faz com que a doutrina e a jurisprudência busquem, dentro das condutas tipificadas por tal ordenamento, a inclusão da prática da eutanásia no crime de homicídio privilegiado por relevante valor moral.

Sendo assim, o quadro jurídico a respeito da matéria nos dias de hoje é de incriminação da conduta de forma subentendida em outro tipo penal e sem qualquer previsão a respeito de eventuais causas de exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade ou mesmo de perdão judicial, que poderiam afastar o crime levando em consideração a situação do paciente

37 BRASIL, op. cit., nota 30.

38 BRASIL, op. cit., nota 15.

39 BRASIL, op. cit., nota 30.

e sua vontade. Tal fato nada mais é do que um reflexo da sociedade brasileira, como exposto acima.

Ocorre que, como demonstrado no terceiro capítulo, a medicina, o direito e outros campos teóricos iniciaram um movimento de reintrodução do tema eutanásia ao debate. De forma que, em que pese à sociedade brasileira ainda seja voltada para o caráter absoluto do direito à vida, de forma a condenar toda e qualquer forma de violação, o tema em questão começou a ser discutido e foi levado a debate no Congresso Nacional. O grande fundamento para isso é justamente o contrassenso mencionado acima sobre o direito de morrer dignamente.

A partir desse movimento, foi introduzido no Projeto do Novo Código Penal um crime específico que visa a punir a conduta da eutanásia e, juntamente com ele, a hipótese de perdão judicial e de exclusão de ilicitude, levando em consideração principalmente o caso da ortotanásia.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que deve ser reconhecido o direito de morrer dignamente, sem que tal fato fira a liberdade religiosa, mas levando em consideração a laicidade do Estado brasileiro. Ademais, a Constituição da República de 1988 prevê, na verdade, um direito à vida e não um dever de viver. Para que isso seja viabilizado, deve ser respeitado o avanço da medicina e, principalmente, as condições e a vontade do paciente em estado terminal ou de grave sofrimento.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que se impõe admitir o direito à morte digna, sob pena de haver uma ingerência excessiva do Estado na vida privada de seus jurisdicionados.

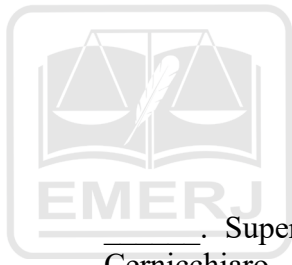
REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. *Decreto-lei nº 2848/1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. *Lei, de 16 de dezembro de 1830*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (Novo Código Penal)*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 05 set. 2019.



_____. Superior tribunal de Justiça. *REsp nº 64.374*. 6ª Turma. Relator: Min. Vicente Cernicchiaro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?numregistro=199500199513&dt_publicacao=06-05-1996&cod_tipo_documento=1&formato=PDF> Acesso em: 24 ago. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *AC 048109001932*. Relator. Sérgio Bizotto Pessoa de Mendonça. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm> Acesso em: 24 ago. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal 1ª Região. *ACP nº 2007.34.00.014809-3*. Juiz. Roberto Luiz Luchi Demo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 10 set. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. *Resolução CFM nº 1.931/09*. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2019

_____. *Resolução nº 1.805/2006*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm> Acesso em: 10 set. 2019.

DICIO, *Dicionário Online de Português*. Porto: 7Graus, 2018. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/eutanasia/>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. *Tipos de eutanásia*. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutantip.htm>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

SCHIAPPACASSA, Luciano. *Qual a natureza jurídica do perdão judicial?* 2008. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/81091/qual-a-natureza-juridica-do-perdao-judicial-luciano-schiappacassa>> Acesso em: 05 set. 2019.

GRECCO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENEZES, Evandro Corrêa de. *Direito de matar: (eutanásia)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

MOLINARI, Mario. *Eutanásia: análise dos países que permitem*. Disponível em: <<https://mariomolinari.jusbrasil.com.br/artigos/116714018/eutanasia-analise-dos-paises-que-permitem>> Acesso em: 24 ago. 2019.

OLIVEIRA, Alúcio Santos de. O direito de morrer dignamente. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev.2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21065>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

PEREIRA. Jeferson Botelho. *Extinção da punibilidade. Uma abordagem sinóptica*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/62187/extincao-da-punibilidade-uma-abordagem-sinoptica/1>> Acesso em: 10 set. 2019.

SENGÉS, Giselle. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a uma morte digna*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/68663/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-o-direito-a-uma-morte-digna>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VON IHERING, Rudolf. *A Luta pelo Direito*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret Ltda., 2000.



INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MAGISTRADOS

Mariana Ribeiro da Cunha Lobo

Graduada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV – Direito Rio). Advogada.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o incidente de resolução de demandas repetitivas como instrumento previsto no novo Código de Processo Civil para uniformizar o entendimento dos Tribunais, conferindo maior segurança jurídica e efetividade à prestação jurisdicional. Além de uma breve demonstração da realidade que o Poder Judiciário brasileiro vem enfrentando quanto ao excessivo número de demandas repetitivas, o presente artigo também discute a compatibilidade do referido instituto com as garantias constitucionais da independência funcional e autonomia do magistrado.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Precedentes judiciais. Uniformização da Jurisprudência. Independência funcional e autonomia do magistrado.

Sumário – Introdução. 1. Compreensão da realidade brasileira: a problemática das ações repetitivas e a conseqüente necessidade de padronização das decisões judiciais. 2. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: breves anotações sobre os seus requisitos e a eficácia vinculante da tese fixada. 3. A constitucionalidade do instituto e o conflito com a autonomia e independência funcional dos magistrados. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

Segundo o relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o judiciário brasileiro teve, no ano de 2018, um total de 80,1 milhões de processos em tramitação.

Dentre os diversos fatores responsáveis por esse alto número de demandas que abarrotam os Tribunais brasileiros, um dos principais é a litigiosidade repetitiva, que, segundo Alexandre Câmara, pode ser definida como “demandas idênticas, seriais, que em grande quantidade são propostas perante o judiciário”.

O excesso de demandas associado à falta de estrutura e de recursos humanos e financeiros por parte do Poder Judiciário, acaba por dificultar a efetividade da prestação jurisdicional. Por isso, apesar dessas demandas repetitivas partirem de uma mesma premissa de direito, muitas vezes cada uma delas acaba sendo julgada de uma forma diferente, sem que exista um critério de discriminação justo.

Essa ausência de uniformidade no entendimento do Tribunal sobre determinado tema, além de aniquilar a isonomia, também gera uma insegurança jurídica quase que

insuportável para os jurisdicionados. Afinal, como entender que casos com a idêntica questão de direito possam ser decididos de formas diferentes ou até mesmo opostas?

Diante desse cenário, o sistema processual civil brasileiro passou a dar mais importância às técnicas de julgamento de questões repetitivas e, dentre outros instrumentos, a Lei Federal nº 13.105/15 (Código de Processo Civil) trouxe ao ordenamento jurídico o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

De acordo com a exposição de motivos do Código de Processo Civil, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) foi um dos instrumentos criados para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência, reduzindo o asoerramento de trabalho do Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. Esse instrumento foi uma das grandes apostas do novo diploma processual civil.

Assim, adotando-se uma metodologia bibliográfica, de natureza descritiva e qualitativa, o presente trabalho tem como objetivo analisar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como instrumento de uniformização da jurisprudência e de garantia da isonomia e da segurança jurídica.

No primeiro capítulo pretende-se apresentar a atual situação da realidade brasileira frente à litigiosidade excessiva, ou seja, busca-se apresentar a problemática das ações repetitivas e a conseqüente necessidade de padronização das decisões judiciais.

Posteriormente, no segundo capítulo, procura-se, ainda que de forma superficial, analisar todos os requisitos de admissibilidade do IRDR, com o fim de melhor compreender o instituto estudado, bem como analisar a eficácia vinculante da tese fixada.

Por fim, no último capítulo busca-se examinar, de forma teórica, a constitucionalidade do IRDR e o aparente conflito desse instituto com as garantias da autonomia e independência funcional dos magistrados.

1. COMPREENSÃO DA REALIDADE BRASILEIRA: A PROBLEMÁTICA DAS AÇÕES REPETITIVAS E A CONSEQUENTE NECESSIDADE DE PADRONIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A Constituição Federal consagra, em seu artigo 5º, inciso XXXV, o direito ao acesso à justiça, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça



a direito”¹. Assim, qualquer cidadão que sentir que um direito seu está sendo violado ou ameaçado, poderá promover uma ação judicial para assegurá-lo.

Em contrapartida a essa liberdade de acionar o Judiciário, encontra-se um Poder Judiciário congestionado com grande quantidade de demandas, associado à falta de estrutura e de recursos humanos e financeiros, o que acaba por dificultar a efetividade e a eficiência da prestação jurisdicional.

De acordo com o relatório do Conselho Nacional de Justiça, *Justiça em Números*², apresentado em 2018, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80, 1 milhões de processos em tramitação. Conforme o mesmo relatório, o crescimento acumulado no período de 2009-2017 foi de 19,4 milhões de processos.

Dentre os diversos fatores responsáveis por esse alto número de processos que abarrotam os Tribunais, quem trabalha no dia-a-dia da prática forense sabe que um dos principais motivos é a litigiosidade repetitiva, que, segundo Alexandre Câmara³, pode ser definida como “demandas idênticas, seriais, que em grande quantidade são propostas perante o judiciário”.

Tratam-se de questões praticamente idênticas, envolvendo a mesma matéria de direito, somente com algumas alterações fáticas e pessoais que não são capazes de, por si só, distinguirem as demandas. Essa litigiosidade repetitiva decorre de uma verdadeira massificação de litígios, ou seja, conflitos de interesses que advém de uma mesma causa e em números expressivos.

Dentre outras razões que acarretam essa massificação de litígios, Guilherme Rizzo Amaral⁴ apresenta seis, como sendo as principais. A primeira delas é a privatização dos serviços públicos, como telefone e energia elétrica, que passou a alcançar uma massa enorme da população e, assim, ampliou o fosso já existente entre o consumidor e o fornecedor.

A segunda razão é atribuída à grande complexidade da regulamentação dos serviços públicos, que passou a ser contestada em juízo por violar normas de hierarquia superior, como o Código de Defesa do Consumidor e a própria Constituição Federal.

¹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2019.

² BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2019.

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2015, p. 477.

⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Efetividade, Segurança, Massificação e a Proposta em um “incidente de coletivização”*. Associação Brasileira de Direito Processual, 2014. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6432-efetividade-seguranca-massificacao-e-a-proposta-de-um-incidente-de-coletivizacao-1>. Acesso em: 24 abr. 2019.

A terceira é a ampliação do acesso ao crédito para a toda população, que consequentemente aumenta o número de ações judiciais contra instituições financeiras, grandes redes de lojas e empresas aéreas.

A quarta razão é atribuída ao Estado, que constantemente não honra com suas próprias dívidas – não pagamento dos precatórios -, além de não oferecer um serviço público de boa-qualidade ou sequer prestá-lo e instituir tributos de forma contrária aos limites e formas estabelecidos pela Constituição Federal.

A quinta razão apresentada por Amaral é o aumento excessivo do número de Faculdades de Direito em todo o país, que satura o mercado da advocacia e faz com que alguns profissionais assediem clientes e “ofereçam soluções milagrosas para salvá-los de toda e qualquer dificuldade”⁵.

A sexta razão diz respeito à concessão da gratuidade de justiça, que não tem seus requisitos rigorosamente analisados pelo Judiciário, “tornando o processo um negócio sem risco para o autor da ação”⁶.

Associada às duas últimas razões, Amaral ainda afirma que “a quase inimputabilidade dos litigantes contumazes e de má-fé”⁷ também favorece essa massificação de litígios, pois o Judiciário não reage vigorosamente para punir aqueles que litigam de má-fé ou de forma aventureira.

As demandas repetitivas não só provocam um acúmulo injustificável de processos perante o Judiciário, como também colocam em risco a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência da prestação jurisdicional. Isso porque apesar dessas demandas repetitivas partirem de uma mesma premissa fática e/ou de direito, muitas vezes cada uma delas acaba sendo julgada de uma forma diferente, sem que exista um critério de discriminação justo, pondo em risco a garantia basilar da democracia, qual seja, a de que, perante a lei, todos são necessariamente iguais.

Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior⁸:

esse risco põe em xeque a garantia basilar da democracia, qual seja, a de que, perante a lei, todos são necessariamente iguais. Se assim é no plano dos direitos materiais, também assim haverá de ser no plano do acesso à Justiça e da tutela jurisdicional proporcionada a cada um e a todos que demandam. A igualdade em direitos seria quimérica se na solução das crises fossem desiguais as sentenças e os provimentos judiciais.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 735.

O valor da segurança jurídica é essencial no âmbito da convivência social, pois junto ao sentimento de “justiça”, tal valor é componente indissociável à preservação da ordem e da paz social⁹. Os indivíduos e grupos que integram a sociedade precisam confiar nas instituições jurídicas como pacificadoras dos conflitos, caso contrário se abre espaço à indesejável vulnerabilidade e incerteza nas relações.

De acordo com Paulo Issamu Nagao¹⁰, a confiança da sociedade no ordenamento jurídico depende da estabilidade e da previsibilidade tanto do direito material como também no campo de atuação dos instrumentos preventivos e reparatórios no caso de violação desses direitos.

Por isso, a solução das controvérsias sociais mediante processo judicial deve voltar a atenção e prestigiar a segurança jurídica e a isonomia, desenvolvendo-se novas técnicas de enfrentamento judicial dos conflitos massificados, a fim de conferir soluções idênticas às questões que versam sobre a mesma matéria de direito.

2. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: BREVES ANOTAÇÕES SOBRE SEUS REQUISITOS E A EFICÁCIA VINCULANTE DA TESE FIXADA

De acordo com a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015¹¹, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), previsto nos artigos 976 a 987, foi um dos principais instrumentos criados pelo Código de Processo Civil de 2015 para uniformizar a jurisprudência, atenuando-se o asoeramento de trabalho no Poder Judiciário, sem, contudo, comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.

O IRDR, que foi inspirado em uma figura do Direito Alemão¹² chamada de *Musterverfahren*¹³, visa neutralizar o risco de coexistência de decisões judiciais conflitantes em processos distintos que tratam de uma mesma questão de direito, mediante uma única

⁹ NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 151.

¹⁰ *Ibid.*, p. 156.

¹¹ BRASIL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹² Parte da doutrina entende que o IRDR é um instituto único no sistema processual ocidental e não se confunde com o *Musterverfahren*. Por todos: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 p. 2202.

¹³ BRASIL, *op. cit.*, nota 11.

decisão judicial que servirá de modelo para todos os processos sobre aquele determinado assunto.

Para a doutrina¹⁴, o IRDR e o julgamento dos recursos repetitivos perante os tribunais superiores – recursos especial e extraordinário repetitivos – formam um microssistema de solução de casos repetitivos, e, por isso, as normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas em conjunto.

Da leitura do art. 976 do CPC/2015, percebe-se que para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, é necessário que haja, simultaneamente, a (i) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e (ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

De acordo com o dispositivo, conclui-se que o incidente será instaurado apenas quando a controvérsia for exclusivamente sobre questão jurídica, ou seja, não serão discutidos fatos a respeito dos casos paradigmas.

Além disso, conforme disposto no parágrafo único do artigo 928, qualquer matéria de direito, seja ela uma questão de direito material ou processual, poderá ser objeto de IRDR. Por isso, a doutrina¹⁵ entende não ser possível qualquer interpretação que restrinja a instauração do respectivo incidente, sob a fundamentação de limitação de qualquer matéria de direito.

A instauração do IRDR pode ser proposta pelas partes de determinado processo em que se discute aquela questão de direito, bem como pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e até mesmo por iniciativa do juiz ou do Relator, de ofício.

Nos casos em que o Ministério Público não for o requerente, ele deverá intervir no incidente como fiscal da ordem jurídica e, em caso de desistência ou de abandono, deverá assumir a sua titularidade.

O incidente de resolução de demandas repetitiva será instaurado perante o Tribunal local e o órgão responsável pelo julgamento e fixação da tese será aquele que o regimento

¹⁴ BRASIL, Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. *Enunciado nº 345*. Florianópolis: 2017. Enunciado nº 345 do FPPC: (arts. 976, 928 e 1.036). O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente. (Grupo: Precedentes; redação revista no V FPPC-Vitória). Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 21 set. 2019.

¹⁵ BRASIL, Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. *Enunciado nº 88*. Florianópolis: 2017. Enunciado nº 88 do FPPC: (art. 976; art. 928, parágrafo único) Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas). Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 21 set. 2019.

interno do tribunal indicar, dentre aqueles que tratam da uniformização de jurisprudência do próprio tribunal.

O juízo de admissibilidade da instauração do IRDR caberá ao órgão colegiado competente para analisar o mérito do incidente. Nesse sentido, a doutrina entende que é vedada a realização do juízo de admissibilidade por decisão monocrática.

Interpretando o art. 976 do CPC/2015, que exige a coexistência simultânea dos dois requisitos para a instauração do IRDR – a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica –, a doutrina¹⁶ entende que a existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica será o requisito preponderante para a instauração do incidente, não sendo necessária a existência de uma exorbitante quantidade de processos versando sobre uma mesma questão de direito.

Admitido o incidente, o relator deverá suspender todos os processos que tratem sobre a mesma questão jurídica e que tramitam no Tribunal, os quais ficarão sobrestados em primeira instância até seu julgamento, conforme dispõem os arts. 313, inciso IV e 982, inciso I, ambos CPC/2015 e o Enunciado nº 93 do FPPC¹⁷.

Após a admissão e a instauração do incidente, serão suspensos todos os processos que versem sobre a mesma questão jurídica objeto do IRDR e será designada data para o julgamento, no qual o relator fará a exposição do fato e, na sequência, será dado o direito de sustentação oral, pelo prazo de 30 (trinta) minutos, que poderá ser ampliado dependendo do número de inscritos para sustentar (art. 984)¹⁸.

A tese firmada no âmbito do julgamento do IRDR deverá ser aplicada a todos os demais processos que versem sobre a mesma questão jurídica, sejam eles individuais ou coletivos, e que tramitem na área de jurisdição daquele respectivo tribunal, inclusive perante os juizados especiais. A decisão deverá ser aplicada não só aos casos sobrestados e que

¹⁶ BRASIL, Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. *Enunciado nº 87*. Florianópolis: 2017. Enunciado nº 87 do FPPC: (art. 976, II) A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas). Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 21 set. 2019.

¹⁷ BRASIL, Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. *Enunciado nº 93*. Florianópolis: 2017. Enunciado nº 93 do FPPC: (art. 982, I) Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas). Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 21 set. 2019.

¹⁸ HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 29.

aguardavam julgamento, mas também aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito.

O art. 987 do CPC/2015 prevê expressamente a possibilidade de se impugnar, por recursos extraordinário ou especial, a decisão judicial que fixou a tese jurídica no âmbito do IRDR. Esses recursos terão efeito suspensivo e, no caso de interposição de recurso extraordinário será dispensada a demonstração de repercussão geral pelo recorrente, uma vez que esta será presumida por se tratar de questão jurídica discutida em âmbito de IRDR.

A possibilidade de revisão da tese jurídica não enseja a possibilidade de revisão dos casos concretos nos quais a tese já foi aplicada, pois estes, sim, geram coisa julgada e são impassíveis de revisão, salvo mediante a propositura de ação rescisória.

Apesar do art. 977 do CPC/2015 prever a existência de quatro legitimados para solicitar a instauração do incidente – juiz ou relator, de ofício; as partes do processo, o Ministério Público ou a Defensoria Pública, por petição –, o art. 986 do mesmo diploma legal prevê que a revisão da tese jurídica será feita pelo mesmo tribunal, de ofício, ou mediante requerimento do Ministério Pública ou da Defensoria. Portanto, embora as partes do processo tenham legitimidade para solicitar a instauração do IRDR, elas não detêm legitimidade para requer a revisão da tese.

3. A CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO E O CONFLITO COM A AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MAGISTRADOS

Conforme visto no capítulo anterior, a tese firmada no âmbito do julgamento do IRDR possui eficácia vinculante, devendo ser seguida e aplicada por todos os magistrados daquele Tribunal, tanto nos processos que estavam sobrestados aguardando julgamento, como também nos processos futuros que versem sobre idêntica questão de direito. Caso a tese fixada não seja observada, caberá reclamação para o Tribunal (arts. 985, parágrafo 1º e 988, inciso IV do CPC/15).

Muito se discute a respeito a constitucionalidade de tal eficácia vinculante, uma vez que o sistema constitucional brasileiro assegura ao magistrado a independência para decidir de acordo com a Constituição Federal e as leis do país, com fundamento na prova dos autos.

Parte da doutrina¹⁹ defende que o incidente de resolução de demandas repetitivas seria inconstitucional, por violar a autonomia e independência funcional do juiz. Para essa

¹⁹ NERY JUNIOR; NERY, op. cit., p. 2200.

corrente, o judiciário estaria atuando como legislador, além de estar engessando a atuação dos demais juízes ao limitar o seu livre convencimento.

Nesse sentido, também defende Ingo Wolfgang Sarlet²⁰:

[...] Parece-nos, por outro lado, que se vai em busca de uma Justiça estandardizada, com produtos iguais produzidos pela mesma linha de montagem, tendencialmente robotizada. Busca-se eliminar o debate, com negação das qualidades mais caracteristicamente humanas dos operadores do Direito, quais as de ponderar e de decidir, de inteligência e de vontade, transformando-os em profissionais submissos aos seus superiores. Quer-se substituir o precedente persuasivo pelo obrigatório; a razão pela autoridade.

Nelson Nery Júnior²¹ acrescenta, ainda, que a vinculação prevista no art. 927 do CPC/15 somente seria constitucional se tivesse sido precedida de autorização constitucional expressa, assim como ocorre, por exemplo, nos casos da súmula vinculante do STF (art. 103-A, CRFB/88) e das decisões proferidas em ADIn e em ADC (art. 102, parágrafo 2º, CRFB/88).

Apesar desse posicionamento, ao nosso ver, é urgente a necessidade de observância aos precedentes como forma de garantir a igualdade na aplicação da lei - uma garantia constitucional fundamental - e assegurar a pacificação social, por meio de segurança jurídica, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

Conforme visto em capítulos anteriores, as causas repetitivas assoberbam o Poder Judiciário de tal forma que tornam o sistema jurisdicional extremamente ineficiente, além de violar a isonomia e a segurança jurídica, mediante prolação de decisões judiciais contraditórias, em processos distintos, mas com idêntica questão de direito.

Por mais que o Estado Democrático de Direito exija dos magistrados uma atuação independente e autônoma – e isso é absolutamente inquestionável –, não se pode perder de vista que o Poder Judiciário é uno, não devendo prevalecer a vontade de determinado juiz, mas sim a vontade do Poder Judiciário como um todo. Para isso, é indispensável que haja uma uniformidade na aplicação e interpretação da leis, o que é manifestado com a prolação de decisões judiciais.

A prestação jurisdicional é um dos principais mecanismos de pacificação social em um Estado Democrático de Direito e, para tanto, é indispensável que a sociedade confie no

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; TESHEINER, José Maria Rosa; FERNANDES, Juliano Gianechini. *Instrumentos de uniformização da jurisprudência e precedentes obrigatórios no Projeto do Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/noticias2/175-artigos-set-2013/4751-instrumentos-de-uniformiza-cao-da-jurisprudencia-e-precedentes-obrigatorios-no-projeto-do-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 8 set. 2019.

²¹ NERY JUNIOR; NERY. op. cit., p. 2200.

sistema de justiça como um pacificador dos conflitos.

Caso não haja mais essa credibilidade no Judiciário como um poder apto a restabelecer a paz entre os particulares, cada vez mais irão surgir mecanismos de resolução de conflitos indesejáveis e arbitrários, tal como a autotutela, ou seja, a “justiça com as próprias mãos”.

A prolação de decisões completamente opostas em processos com idêntica questão de direito caminha em sentido diametralmente oposto à essa credibilidade que se precisa conferir à prestação jurisdicional.

Nas palavras de José do Carmo Veiga de Oliveira, “o Judiciário tem o dever de apresentar decisões que sejam previsíveis e com demonstração de sua eficiência e sua celeridade”²².

Repita-se, mais uma vez, que não se questiona a absoluta importância e necessidade de garantir a independência funcional e autonomia dos magistrados. Sem ambas as garantias também não se tem um sistema de justiça eficiente, tampouco se vive em um Estado Democrático de Direito. Entretanto, não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, de modo que todos estes devem ser interpretados em harmonia com os demais.

Portanto, ao sopesar todos os direitos e garantias que estão em jogo, entende-se que as garantias da autonomia e independência funcional dos magistrados devem ceder espaço aos direitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica, da celeridade e de efetividade da prestação jurisdicional.

Ressalta-se que não se está a defender, em hipótese alguma, a aniquilação de tais garantias, mas sim uma relativização das mesmas para possam ser assegurados outros direitos tão importantes quanto à autonomia e à independência funcional dos magistrados.

Vale ressaltar, ainda, que embora a tese definida pelo IRDR seja vinculante para os processos atuais e futuros, ela não é eterna, tampouco “intocável”. O Código de Processo Civil previu dois mecanismos para a superação dos precedentes, que minimizam essa eventual mitigação da autonomia e independência funcional dos juízes integrantes das instâncias inferiores, bem como impede o engessamento da prestação jurisdicional.

O artigo 986 do CPC/15 prevê o chamado “*overruling*”, o qual permite a revisão da tese fixada pelo órgão julgador. Essa revisão será realizada pelo mesmo tribunal que fixou a tese, de ofício ou mediante provocação de algum dos legitimados para requerer a instauração

²² OLIVEIRA, José do Carmo Veiga de. *A força do efeito vinculante no novo CPC*. 2.ed. Belo Horizonte: D’Placido. 2016., p. 249.

do incidente (art. 986 c/c art. 977, III, CPC/15), quando o entendimento firmado não mais se adequar à realidade fática ou jurídica posta à apreciação do órgão julgador no momento da sua análise originária.

Por meio dessa revisão, a tese poderá ser revogada, por total incompatibilidade com a evolução do direito positivo ou poderá ser parcialmente modificada²³. A modificação de entendimento deverá respeitar toda a publicidade e cautela previstas para o processamento do IRDR. Além disso, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior²⁴:

[...] A modificação de entendimento atentarà para a necessidade de respeitar as garantias de segurança jurídica e confiança legítima dos jurisdicionados. Poder-se-á, para tanto, modelar os efeitos temporais da inovação, preservando-se a situação das relações jurídicas estabelecidas à base da tese vinculante, no todo ou em parte, conforme os ditames da boa-fé e do respeito às justas expectativas.

Além da revisão, o Código de Processo Civil prevê, ainda, o “*distinguishing*”, que nada mais é do que a “identificação dos fatos que ensejaram o julgamento massivo das demandas para se fazer uma análise comparativa com os fatos que ensejam aquela decisão em outros casos que estivessem submetidos à possibilidade de uma postulação idêntica”²⁵.

Nem todos os litígios podem ser tratados igualmente. É evidente que existem situações fáticas que não se enquadram na tese jurídica fixada pelo tribunal no julgamento do IRDR e, justamente por isso, “nem todos os casos poderão ou mesmo serão apreciados sob idêntico figurino”²⁶.

Por isso, a tese firmada em IRDR não é uma questão de ordem absoluta, de total aplicação a todos os casos, ou seja, não há obediência cega, indiscutível e incontestável do precedente firmado. Nas palavras de José do Carmo Veiga de Oliveira²⁷:

[...] Se eventualmente o Julgador identificar no aspecto fático ou jurídico questão que o caso posto à sua apreciação for divergente daquele que foi firmado anteriormente com caráter vinculante, deverá aplicar um método de distinção e indicar o ponto em que ocorre a divergência entre o precedente e o caso concreto em análise. Referimo-nos, pois, ao *distinguishing* ou *distinguish*, exatamente o instituto da *common law* que tem o condão de distinguir um caso concreto de outro para efeito de excluir o último daquele que, em tese, serviria de paradigma para o julgamento em curso.

Essa técnica de superação da tese jurídica firmada em IRDR exclui o precedente como paradigma para julgamento do caso novo e é justamente o que afasta a ideia de que o

²³ THEODORO JÚNIOR; OLIVEIRA; REZENDE, op. cit. p. 750

²⁴ Ibid.

²⁵ OLIVEIRA, José do Carmo Veiga de. *A força do efeito vinculante no novo CPC*. 2 ed. Belo Horizonte: D’Placido. 2016. p. 240

²⁶ Ibid., p. 309.

²⁷ Ibid., p. 310.

juiz será apenas um “homologador” e “aplicador” de “fórmulas jurídicas herméticas” fixadas pelo órgão hierarquicamente superior, violando, assim, a sua autonomia e independência funcional.

Pelo contrário, magistrado deverá analisar cada caso concreto e, motivadamente, conhecer ou não da aplicação do precedente. Em qualquer hipótese, a fundamentação é indispensável, pois será a partir delas que “abre-se o contraditório às partes para que façam aduzir suas razões, favoráveis ou contrárias à acolhida ou rejeição do precedente invocado por qualquer delas, sobretudo em sede recursal”²⁸.

Por fim, o Código de Processo Civil prevê, em seu artigo 966, parágrafo 5º, ainda ser cabível ação rescisória contra decisão baseada em acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e no padrão decisório que lhe deu fundamento.

CONCLUSÃO

Do exposto no presente artigo conclui-se que o Poder Judiciário brasileiro necessita, com urgência, de mecanismos processuais aptos a coadunar o excesso de demandas repetitivas com a efetivação dos princípios constitucionais da segurança jurídica, da isonomia, da economia processual, da razoável duração do processo e da efetividade da prestação jurisdicional.

Dentre alguns outros institutos, o incidente de resolução de demandas repetitivas foi incorporado ao ordenamento jurídico exatamente para atingir essas finalidades, proporcionando uniformidade das decisões judiciais e garantindo segurança jurídica.

Em razão do caráter vinculante das teses fixadas pelo Tribunal, muito se discute na doutrina se tal instituto seria inconstitucional, por violar as garantias da independência funcional e da autonomia dos magistrados. Indaga-se sobre as limitações dos juízes diante dos casos a serem decididos após a fixação da tese.

Conforme estudado durante este artigo, apesar das críticas ao sistema de precedentes vinculantes, o incidente de resolução de demandas repetitivas visa assegurar valores constitucionais tão importantes quanto as garantias constitucionais asseguradas aos magistrados.

Nesse sentido, considerando-se que nenhum princípio constitucional é absoluto, deve-se realizar um só pensamento de princípios e valores constitucionais para solucionar

²⁸ Ibid., p. 312.

esse aparente conflito de normas. Com isso, entendemos que, diante do cenário brasileiro, a segurança jurídica, a isonomia, a economia processual, a duração razoável do processo e a efetividade da prestação jurisdicional devem ser prevaletes.

Por mais que o Estado Democrático de Direito exija dos magistrados uma atuação independente e autônoma – e isso é absolutamente inquestionável –, não se pode perder de vista que o Poder Judiciário é uno, não devendo prevalecer a vontade de determinado juiz, mas sim a vontade do Poder Judiciário como um todo. É preciso que haja segurança jurídica e isonomia na prestação jurisdicional e, para isso, é indispensável que haja uma uniformidade na aplicação e interpretação das leis quando da prolação de decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Efetividade, Segurança, Massificação e a Proposta em um “incidente de coletivização”*. Associação Brasileira de Direito Processual, 2014. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6432-efetividade-seguranca-massificacao-e-a-proposta-de-um-incidente-de-coletivizacao-1>. Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 ago. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167>. pdf. Acesso em: 24 fev. 2019.

_____. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. *Enunciado nº 87*. Florianópolis: 2017.

_____. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. *Enunciado nº 88*. Florianópolis: 2017.

_____. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. *Enunciado nº 93*. Florianópolis: 2017.

_____. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. *Enunciado nº 345*. Florianópolis: 2017.

_____. *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: 12 jun. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Código de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas. 2016.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: Teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2016

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *A polêmica acerca da força vinculante dos precedentes judiciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

OLIVEIRA, José do Carmo Veiga de. *A força do efeito vinculante no novo CPC*. 2.ed. Belo Horizonte: D'Placido, 2016.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROSSI, Júlio César. *Precedente à Brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas S.A., 2015

SARLET, Ingo Wolfgang; TESHEINER, José Maria Rosa; FERNANDES, Juliano Gianechini. *Instrumentos de uniformização da jurisprudência e precedentes obrigatórios no Projeto do Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/noticias2/175-artigos-set-2013/4751-instrumentos-deuniformizacao-da-jurisprudencia-e-precedentes-obrigatorios-no-projeto-do-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito: Civil law e common law. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.



FALSAS MEMÓRIAS EM DEPOIMENTO DE CRIANÇAS “VÍTIMAS” DE ABUSO SEXUAL

Misyara Augusta Morais Rabelo

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

Resumo – O trabalho tem por finalidade a análise da prova oral no processo penal, em especial o depoimento de crianças supostamente vítimas de abuso sexual, ao examinar a confiabilidade e veracidade desses depoimento, tendo como parâmetro o processo de formação da memória e sua possível falibilidade. Objetiva-se demonstrar, por meio de estudo interdisciplinar, a fragilidade desta espécie probatória, considerando a subjetividade na percepção de uma mesma situação por diferentes vítimas. Em um processo judicial, a sugestibilidade do depoentediante de um entrevistador tendencioso e a vulnerabilidade da memória humana, são exemplos que propiciam as deformações, falsas memórias. Além da exposição dos fatores influenciadores na contaminação da memória, serão apresentadas possíveis medidas e técnicas capazes de minimizar os efeitos desses fatores, e consequentemente assegurar uma maior credibilidade da prova oral no processo penal, que fundamentará de forma justa um pleito decisório.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Psicologia Forense. Prova oral. Crimes sexuais contra criança. Depoimento infantil. Falsas Memória.

Sumário – Introdução. 1. A relevância do processo mnemônico na prova testemunhal e no depoimento da vítima. 2. Falsas memórias no depoimento infantil. 3 Técnicas capazes de minimizar as falsas memórias e o momento adequado para colheita do depoimento infantil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

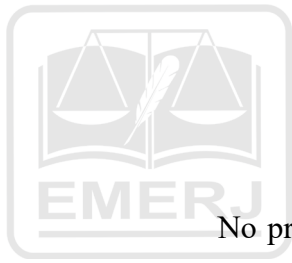
O tema sobre a formação de falsas memórias no depoimento de crianças que afirmam demonstrar, por meio do comportamento, ter sofrido violência sexual tem sua complexidade intrinsecamente ligada a natureza do delito. Os crimes de violação sexual são denominados crimes clandestinos, por sua própria natureza, pois não raras às vezes o único meio de prova existente é o depoimento da vítima. A escassez de provas nessa espécie de crime torna o depoimento da vítima relevantíssimo e ao mesmo tempo perigoso, porquanto ele pode estar contaminado com memórias referentes a fatos que nunca ocorreram na

realidade, uma vez que formação de falsas memórias é muito comum, principalmente em crianças, devido sua maior sugestionabilidade.

O processo penal é a instrumentalização do *jus puniendi* do Estado, orientado e limitado pelos princípios constitucionais e convencionais. O balizamento do direito de punir do Estado, oriundo da constitucionalização do direito penal e processual penal, ocasionou mudanças no sistema de valoração da prova, e conseqüentemente na importância delas no convencimento do juiz e na fundamentação da decisão. Embora, o sistema acusatório, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tenha um viés principiológico constitucional e seja um avanço quanto aos direitos do acusado, ele não é satisfatório quanto a valoração das provas em determinadas práticas criminosas. Nos denominados crimes clandestinos, por exemplo, que na maioria das vezes terá como única prova existente o depoimento da vítima, a prova oral produzida, por ser única, tem uma superavaliação.

A superavaliação de qualquer prova, por si só, é incompatível com o sistema de valoração de provas adotado no Brasil, sistema acusatório. Mais problemático, ainda, é a superavaliação da prova oral, a qual é passível de questionamentos devido a sua carga predominantemente subjetiva e sua possível falibilidade, por retardar recordações. A prova oral possui, também, contradições internas, isto é, há contrariedade entre duas de suas características. A objetividade, por exemplo, é o relato dos fatos ocorridos sem manifestação das apreciações pessoais da testemunha, conforme previsto no artigo 213 do Código de Processo Penal. Em contrapartida, a retrospectividade é a narrativa dos fatos a partir da recordação da testemunha, portanto, a testemunha busca na memória a historicidade do crime, que está intimamente ligada às percepções pessoais da testemunha no momento do fato.

Os primeiros experimentos laboratoriais realizados para compreender se existia relação entre a inteligência e a memória, bem como as razões pelas quais as pessoas se esqueciam de fatos ou pessoas foram datados no século XIX. No entanto, apenas, um século depois surgiram estudos sistematizados sobre o processo de formação da memória, a possibilidade de falsificação dela e os fatores que influenciavam para a ocorrência dessa falsificação. No âmbito jurídico, o tema da contaminação ou falsificação da memória ganhou relevância com a identificação de vários casos em que houve o equivocado reconhecimento de supostos criminosos. Essa constatação demonstrava a necessidade do desenvolvimento de mecanismos e técnicas capazes de resgatar da forma mais fidedigna possível as recordações, principalmente aquelas relacionadas com a prática de crimes sexuais, em especial contra crianças.



No primeiro capítulo do trabalho será contextualizado a descoberta da ocorrência de falsificação da memória, no cenário internacional e nacional. Posteriormente, será analisado o processo mnemônico, os fatores que propiciam a formação de falsas memórias e a influência delas nas provas orais, em especial no depoimento pessoal da vítima. No segundo capítulo será explorado especificamente o processo de formação de falsas memórias no depoimento infantil, abordando fatores externos, como a sugestibilidade, o decurso do tempo e a postura do entrevistador, que influenciam diretamente na evocação das lembranças. No terceiro capítulo serão analisadas as possíveis técnicas capazes de minimizar a contaminação das recordações, bem como o momento adequado de aplicá-las e o juízo que acompanhará essa aplicação.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acreditam 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, tanto jurídica quanto psicológica, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A RELEVÂNCIA DO PROCESSO MNEMÔNICO NA PROVA TESTEMUNHAL E NO DEPOIMENTO DA VÍTIMA

Os primeiros estudos científicos sobre a memória foram realizados pelo psicólogo alemão Ebbinghaus¹, em 1885, por meio de experimentos em laboratório. Entretanto, a análise da falibilidade da memória passou a ser investigada de forma mais sistemática nas últimas décadas do século XX, devido à identificação de inúmeros reconhecimentos equivocados de presumíveis criminosos no âmbito do sistema judicial, por meio de depoimentos de abuso sexual infantil². Nos Estados Unidos, um estudo de casos apurou as condenações criminais de inocentes, fundamentadas tão somente com base no reconhecimento pessoal. O estudo demonstrou que em 90% dos casos as testemunhas equivocaram-se ao

¹ Hermann Ebbinghaus foi o primeiro autor na psicologia a desenvolver testes de inteligência e a realizar estudos científicos sobre o funcionamento da memória, inclusive desenvolvendo estudo sobre a curva do esquecimento.

² PINTO, A. C. *Recordações verídicas e falsas: Avaliação de alguns factores*. Psicologia, Educação e Cultura, 2002, p. 4. Disponível em: <https://www.fpce.up.pt/docentes/acpinto/artigos/18_recordacoes_falsas.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2019.

realizar o reconhecimento pessoal, isto é, dos 40 casos de condenação em 36 os réus foram posteriormente absolvidos, após realização do exame de DNA³.

A partir do resultado desse estudo passou-se a questionar efetivamente a credibilidade dos testemunhos e do reconhecimento pessoal, bem como a existência de fatores internos e externos que possibilitavam a falsificação da memória. Para melhor compreender esses fatores, a atenção dos estudiosos voltou-se para o processo de formação da memória. O processo mnemônico que propicia a formação da memória tem grande importância em quaisquer tarefas cotidianas dos indivíduos, porém sua relevância se eleva ao ser fundamentalmente a base de provas orais produzidas no processo penal, visto que vítimas e testemunhas se valem essencialmente da memória para reconstrução dos fatos.

O doutrinador italiano Franco Cordeiro⁴ afirma que o processo penal tem que ser entendido como uma máquina retrospectiva que se dirige a estabelecer se algo ocorreu e quem o realizou, objetivando determinar a materialidade e autoria do delito. A atividade retrospectiva sobre o fato passado tem por finalidade o convencimento do juiz, ou seja, a formação de um juízo de certeza, próprio da sentença. E é por meio da instrução processual que se produzirá as provas, as quais fundamentarão e legitimarão a sentença, seja ela condenatória ou absolutória. A prova no processo penal tem uma função predominantemente persuasiva, pois é o suporte de formação do convencimento do juiz, por isso busca-se que a prova retrate os fatos de forma mais próxima possível da realidade.

Segundo Gesu⁵, o juiz é o destinatário da prova, sendo a reconstrução do fato realizada para sua valoração. Assim, provar significa induzir o juiz ao convencimento de que o fato ocorreu de um determinado modo, com aproveitamento de chances, liberação de cargas ou assunção de risco de uma sentença desfavorável. Prova não tem apenas um conceito, posto que representa a atividade realizada pelas partes para comprovar suas alegações⁶, e ao mesmo tempo é meio utilizado para demonstrar a existência de um fato, bem como para influenciar na formação da convicção do juiz. A produção da prova é a razão de ser do processo penal, pois sem prova não há uma persecução penal satisfatória⁷.

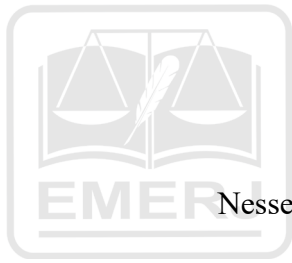
³ SCHACTER, Daniel L. *Os Sete Pecados da Memória*. Rocco: Rio de Janeiro. 2003, p.118.

⁴ CORDEIRO, Franco. *Procedimento penal*.v.2. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2013, p.7

⁵ GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 29.

⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 407.

⁷ A expressão satisfatória aqui usada não significa a procedência da pretensão punitiva pelo título condenatório. O emprego dessa expressão deve ser considerado de forma ampla, representando o sucesso da persecução penal apoiado nos princípios do devido processo legal, contraditório e amplo defesa., posto que a fundamentação da sentença baseado no princípio do *in dubio pro reo* representa o fracasso da persecução penal.



Nesse sentido, leciona Tourinho Filho⁸:

Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *themaprobandum*. Às vezes, emprega-se a palavra *prova* com o sentido de *ação de provar*. Na verdade, provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros não.

O trecho supracitado demonstra que a atividade probatória é complexa, tanto no aspecto ontológico, sua conceituação, quanto no seu aspecto analítico, já que a prova não necessariamente irá refletir os fatos conforme ocorreram na realidade, pois muitas vezes o que se consegue é uma mínima aproximação da realidade. As lembranças recordadas no depoimento da vítima e no depoimento testemunhal não são a realidade vivenciada, não se comparam a uma foto estática tirada daquele momento experienciado, na verdade a lembrança é a representação codificada da realidade, que pode muitas vezes ser distorcida. Logo, as lembranças não reproduzem novamente a realidade, e sim é uma releitura da realidade processada pela memória.

Segundo Izquierdo⁹ a memória é constituída pela a aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações. Sendo a evocação, também denominada de recordação, que é a recuperação da informação que foram apreendidas e depois armazenadas. Assim, só se lembra daquilo que se grava, daquilo que foi apreendido pelo cérebro. Mais do que uma simples função cerebral, a memória é uma complexa combinação de subsistemas mnemônicos, que possibilita a formação de um individualizado acervo de lembranças, isto é, cada indivíduo distintamente possui o seu acervo, não existindo nenhum acervo de memórias idêntico a outro. A memória é uma forma de individualização das pessoas, ainda que elas passem pela mesma experiência, vivenciando a mesma situação no mesmo momento suas lembranças serão distintas.

A memória é um conjunto de mecanismos psíquicos responsáveis pelo armazenamento de informações e experiências. O cérebro ao apreender as situações vivenciadas na realidade, as transforma em códigos, e posteriormente as evoca também por meio de códigos. O processo mnemônico envolve uma complexa estrutura de arquivo e recuperação de informações, processo esse longo, complexo e sujeito a falhas. Logo no início do processo, na aquisição da informação, as falhas já podem surgir, dado que as informações não são guardadas de forma contínua, mas fragmentada, o que propicia a contaminação das

⁸TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal* 3. 31. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 213.

⁹IZQUIERDO, Iván. *Memória*. 2. ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Artmed, 2011, p.11.

informações aprendidas anteriormente por novas experiências vivenciadas. No segundo momento do processo, no armazenamento, também pode ocorrer falhas devido ao fenômeno natural do esquecimento. Por fim, no terceiro momento, na recordação da informação, também podem ocorrer falhas relacionadas com a sugestionabilidade do indivíduo e o comportamento do entrevistador.

A compreensão de como, onde e porque as falhas ocorrem, assim como a análise da contaminação das verdadeiras memórias com falsas memórias, ou seja, a falsificação da memória são indispensáveis para verificação da credibilidade da prova testemunhal e do depoimento pessoal da vítima, provas essas que são de extrema importância, posto que estas falsas memórias muitas vezes embasam condenações criminais de réus inocentes. Um exemplo é o erro de identificação, isto é, o reconhecimento equivocado de suspeitos, que ocorre devido a supervalorização, pelo sistema judicial, do testemunho visual., aliado ao fato de que há casos em que a identificação feita por uma testemunha é a única prova possível a ser considerada, o que pode ocasionar por vezes que pessoas inocentes sejam condenadas.

A influência das falsas memórias na prova oral e conseqüentemente na decisão judicial causa graves conseqüências para o sistema jurídico, e para a pessoa sujeita a essa decisão¹⁰, razão pela qual não há como compreender o processo penal, em especial a matéria de provas processuais penais, sem conhecer o processo de funcionamento e falsificação da memória. Dessa forma, é indispensável o exame do tema de provas orais, produzidas por testemunhas e vítimas, sobre outras perspectivas que não só a positivada pelo processo penal, para que se tenha uma melhor qualidade na produção da prova oral, e em última análise, uma melhor jurisdição.

2. FALSAS MEMÓRIAS NO DEPOIMENTO INFANTIL

A evocação de falsas lembranças de abuso sexual infantil sofrido foi detalhadamente investigada por Elizabeth Loftus¹¹ a partir do caso de Beth Rutherford.

A autora narra que o confessor da igreja que Beth frequentava induziu-a recordar-se de ter praticado um aborto com um cabide, após engravidar do seu pai, que a violentou sexualmente dos 7 aos 14 anos de idade, por vezes com a ajuda de sua mãe. No entanto, após realizado o exame de corpo de delito ficou comprovado a impossibilidade de realização do aborto, pois

¹⁰ No ordenamento jurídico brasileiro, o indivíduo condenado terá sua liberdade restringida. Porém, há ordenamentos jurídicos, como de alguns estados do EUA, em que a condenação pode levar a pena de morte, situação gravíssima em que um inocente pode ter sua vida ceifada.

¹¹ LOFTUS, Elizabeth. Criando Falsas Memórias. *Revista Científica American*, ano 3, n. 277, 1997, p.70.

Beth jamais havia engravidado, bem como tido qualquer relação sexual, uma vez era virgem, segundo os resultados da perícia médica¹². Assim, as recordações de Beth sendo violentada pelo seu pai representam as falsas memórias produzidas por induzimento, isto é, um fator externo que influenciou na falsificação da memória no momento da evocação.

No Brasil, as primeiras constatações do fenômeno das falsas memórias relacionadas com denúncias de abuso sexual infantil, não surgiram de investigações criminais, nem tão pouco de provas testemunhas produzidas no juízo criminal. A percepção da existência de falsas memórias de abuso sexual infantil ocorreu primeiramente nas Varas de Família. Na década de 90, houve inúmeros processos judiciais referentes a guarda de crianças, nos quais o fundamento para o pleito de guarda e/ou proibição de visitação dos genitores eram denúncias de abuso sexual das crianças realizado pelos pais. No entanto, no decorrer dos processos, por meio de perícias e pareceres elaborados por profissionais da psicologia e serviço social, utilizando de técnicas adequadas, ficou demonstrado a contaminação da memória verdadeira das crianças, por falsas memórias, ou seja, as crianças foram induzidas a lembrarem de fatos que nunca ocorreram, inclusive pelos próprios pais.

É nesse contexto que surge o debate sobre a necessidade de elaboração de normas de proteção dos filhos, bem como punições aos pais que denegrissem a imagem do outro genitor para os filhos, surgindo, assim, a Lei de Alienação Parental.¹³ É importante destacar que as falsas memórias não se confundem com as mentiras. No caso de mentira o indivíduo tem consciência que o evento não aconteceu, há uma dissimulação. Em contrapartida, nas falsas memórias as pessoas estão convencidas, muitas vezes de forma absoluta, que as suas recordações são verídicas, inclusive em termos de grau de certeza, confiança e convicção, a recordação de acontecimentos falsos é tão grande como a de acontecimentos verdadeiros, muitas vezes sendo até maior. A escuta desatenta de um testemunho falsificado gera uma enorme dificuldade para o ouvinte discernir se está perante uma descrição verdadeira dos fatos ou se está perante a uma memória falsa, diferente do testemunho mentiroso que é mais fácil de ser percebido.

Existe a falsificação da memória de forma espontânea, influenciada principalmente pela imaginação do indivíduo, que agrega de forma voluntária elementos fantasiosos ao seu depoimento, o que não é o escopo do presente trabalho. Contudo, a formação de uma falsa memória depende de estímulo. Assim, na maioria das vezes as falsas memórias são

¹²LOFTUS, op.cit.,p.71/74.

¹³CALÇADA, Andreia. *Perdas irreparáveis: alienação parental e falsas acusações de abuso sexual*. 2.ed. Rio de Janeiro: Publit, 2014, p. 30.

desenvolvidas sob influência de fatores externos, como por exemplo por meio da indução, seja essa indução por fornecimento de informações falsas ao indivíduo, que contaminará sua memória, seja essa indução pela realização de perguntas dirigidas, posto que as perguntas dirigidas, fechadas, frequentemente influenciam a resposta dos indivíduos, principalmente os indivíduos mais sugestionáveis, como as crianças.

A emoção também é um fator influenciador na formação da memória. Segundo Gesu¹⁴, a tendência da mente humana é recordar tão somente a emoção vivenciada no momento do acontecimento, deixando de lado os detalhes sórdidos, os quais são extremamente importantes para analisar a ocorrência do fato delituoso. Além da emoção outro fator que propicia a formação de falsas memórias é o decurso do tempo, isto é, quando maior o lapso temporal entre a apreensão, armazenamento da informação e sua evocação, maior é a falibilidade da memória. Esse fator externo é frequente nas investigações criminais, pois não é incomum que um fato delituoso tenha sua persecução penal protelada no tempo, de forma que muitas vezes uma testemunha vai depor em audiência sobre fatos ocorridos a anos atrás. O decurso do tempo é prejudicial as testemunhas adultas, porém ele é mais gravosonas crianças, que por sua própria constituição bio-psicológica, tem uma percepção temporal distinta do decurso cronológico do tempo.

Por fim, o fator externo de falsificação da memória de maior relevância e influência no momento de evocação das informações, principalmente em depoimentos infantis, é a entrevista dirigida. A linguagem e o método utilizado pelo entrevistador podem, e geralmente sugestionam o depoente a responder o que ele acredita ser adequado, ser o que o entrevistador quer ouvir, e não necessariamente o que ocorreu de fato. A repetição reiterada das mesmas perguntas no decorrer do depoimento; o tom de voz do entrevistador, seja ele amigável ou intimidador; e expressões que induzem a um estereótipo, interiorizam no depoente qual informação o seu entrevistador deseja ouvir, sendo assim, o depoente pode afirmar fatos, circunstâncias e detalhes nunca ocorridos, por acreditar de forma inconsciente que eram verdadeiros. O uso de perguntas fechadas, indicando características do suspeito, cores e modelos das vestimentas e objetos presentes no local, também são sugestíveis, assim como o status do entrevistador que tem fundamental importância.

¹⁴GESU, op.cit., p.72.

3. TÉCNICAS CAPAZES DE MINIMIZAR AS FALAS MEMÓRIAS E O MOMENTO ADEQUADO PARA COLHEITA DO DEPOIMENTO INFANTIL

A complexidade do processo mnemônico, no qual a memória pode ser falsificada em diversas etapas distintas, bem como a impossibilidade de controle de fatores interno, inviabiliza a erradicação de falsas memórias. No entanto, é possível minimizar a ocorrência de falsificação da memória oriunda de fatores externos. Dessa forma, o desenvolvimento de técnicas e medidas dirigidas especificamente para cada fator externo influenciador na etapa de evocação da informação armazenada podem reduzir significativamente a falsificação da memória, dando assim, mais credibilidade para prova testemunhal e depoimento pessoal da vítima.

Um poderoso fator externo que propicia a produção de falsas memórias é a sugestibilidade, isto é, a tendência que alguns indivíduos, principalmente crianças, tem de incorporarem informações de fontes externas nas suas recordações pessoais. A influência da sugestibilidade na recordação do crime pela vítima pode ser atenuada pela técnica da entrevista cognitiva, a qual é organizada em cinco etapas: a construção do *rapport*, a recriação do contexto original, a narrativa livre, o questionamento e o fechamento.¹⁵ A entrevista cognitiva, baseada em conhecimentos da Psicologia Cognitiva e da Psicologia Social, foi desenvolvida por Edward Geiselman e Ronald Fisher¹⁶, como alternativa aos procedimentos tradicionais de interrogatório. O principal objetivo dos autores foi obter depoimentos ricos em detalhes, com maior precisão das informações, e redução da formação de falas memórias.

As primeiras fases da entrevista cognitiva, a construção do *rapporte* a recriação do contexto original, possibilita a criação de um ambiente confortável para que o depoente recrie mentalmente o cenário do crime, posto que a reconstrução fictícia do contexto em uma atmosfera psicológica favorável gera recordações com maiores detalhes, potencializando quantitativa e qualitativamente as informações buscadas. Embora essas fases sejam comprovadamente as que produzem mais efeitos positivos na entrevista cognitiva, não são adequadas para oitiva de vítimas de abuso sexual, principalmente crianças, pois podem gerar um processo de revitimização ao colocarem a vítima traumatizada no contexto e “cenário do

¹⁵ NYGAARD, M. L.C, FEIX, L. F e STEIN, L.M. Contribuições da psicologia cognitiva para a oitiva da testemunha: avaliando a eficácia da entrevista cognitiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminas – IBCCRIM*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, nº 61, ano 14.

¹⁶ STEIN, Lilian M. e NYGAARD, Maria Lúcia C. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas - IBCCRIM*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, nº 43, ano 11, p.210.

crime”. Assim, as duas primeiras etapas da entrevista cognitiva, apesar de produtivas devem ser afastadas na entrevista com crianças vítimas de abuso sexual.

Na terceira fase, narrativa livre, a testemunha é convidada a relatar tudo o que conseguir lembrar, todas as informações são fornecidas espontaneamente pelo depoente de forma livre, sem imposição de nenhuma ordenação cronológica ou gradual das informações. Esse procedimento deve ser feito sem qualquer interrupção. A técnica da narrativa livre praticamente elimina a formação de falsas memórias no momento da evocação, pois o entrevistador não produz qualquer influência verbal no relato da vítima. Após o relato livre, inicia-se a parte interrogativa da entrevista, na qual são realizadas perguntas abertas, somente com base nas informações recordadas pela testemunha no momento da narrativa livre, isto é, nenhum dado ou elemento que não foi narrado pela vítima pode aparecer nas perguntas.

Na última fase, fechamento, o entrevistador incentiva o depoente a narrar os fatos em diferentes ordens, começando, por exemplo, do fim até se chegar ao início do fato narrado, estimulando a recordação e ao mesmo tempo verificando a lógica e a repetição coesa do que fora relatado¹⁷. Uma entrevista cognitiva bem conduzida reduz significativamente as chances de falsificação da memória por sugestão externa, uma vez que os entrevistadores são treinados a questionarem os depoentes de forma neutra e clara, sem imprimir nas perguntas suas percepções pessoais e pré-concebidas do caso, evitando perguntas fachadas, além de também serem treinados a monitorarem suas próprias condutas evitando intervenções potencialmente tendenciosas.

Além de técnicas da entrevista cognitiva outro aspecto indispensável para minimizar a formação de falsas memórias é o momento em que essa entrevista cognitiva será realizada para colheita do depoimento da vítima, em especial a criança vítima de abuso sexual. O decurso do tempo entre a apreensão e evocação da informação é um facilitador da falsificação da memória, como anteriormente analisado. Portanto, o momento adequado para a oitiva da vítima é quando o Estado, por meio dos seus agentes públicos, em especial a autoridade policial, toma conhecimento do suposto crime de abuso sexual contra criança, ou seja, a vítima deve ser ouvida imediatamente na fase pré-processual.

A oitiva da vítima no início do inquérito policial visa reduzir a falsificação da memória pelo decurso do tempo, pela sugestibilidade da vítima ao ter contato com outros elementos de provas e principalmente pela forma como a vítima é inicialmente inquirida pelos investigadores. Quanto a esse último fator, reconstrói-se a ideia de que a maioria dos

¹⁷Ibidem., p.218.

entrevistadores, que realizam o depoimento tradicional, não tem qualificação e capacidade técnica para realizar depoimentos sem danos, especialmente quando ocorre na fase pré-processual. O artigo 156, inciso I, do Código Penal¹⁸ prevê que é facultado ao juiz ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, a adequação e proporcionalidade da medida.

A imediata realização de oitiva de crianças que podem ter sido vítimas de abuso sexual, após a autoridade competente tomar conhecimento da prática delitiva, é medida relevante para evitar a contaminação, por fatores externos, das lembranças sobre os fatos ocorridos. O requisito da urgência se caracteriza pelos efeitos devastadores do decurso do tempo na evocação da memória, em especial de crianças, bem como pela necessidade da preservação emocional da criança durante a persecução penal. A prova oral produzida antecipadamente é medida tanto necessária para garantir a maior credibilidade do depoimento da criança, quanto adequada e proporcional, enquadrando-se nos requisitos exigidos pelo artigo supracitado.

A antecipação da colheita do depoimento da vítima não significa a violação dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Todos os princípios inerentes ao sistema acusatório serão devidamente observados, pois a proposta não é possibilitar a fundamentação de sentenças em elementos de informação, mas sim a produção de prova oral na fase pré-processual, prova antecipada. Já existe no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de produção probatória na fase pré-processual, ainda que de forma excepcional, uma vez que é admitida a prova antecipada. A sugestão para reduzir os efeitos do decurso do tempo nas recordações das vítimas é usar a prova antecipada como regra geral no processamento de crime sexual contra crianças.

A proposta de tornar a prova antecipada uma regra nos crimes e nas circunstâncias supracitadas não contraria o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado no verbete sumular de nº45519, o qual prevê expressamente que a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo. A relevância e urgência da prova oral antecipada não se justificam por si só pelo mero decurso do tempo, mas por todos os efeitos concretos que o decurso do tempo provocam na formação da

¹⁸BRASIL. *Decreto-lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941*. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941 e retificado em 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 10 set.2019.

¹⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2010. *Súmula nº455*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=455&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em: 10 set.2019.

memória de crianças vítimas de abuso sexual. Além disso, a preservação da criança, considerando a proteção integral e o melhor interesse da criança, é prioridade constitucional absoluta, preconizada no artigo 227 da Constituição Federal²⁰.

Além do momento da colheita da prova oral, transferida para fase pré-processual, e da aplicação de técnicas da entrevista cognitiva, buscando sempre um depoimento sem dano, é importante fixar como competente para processar e julgar os delitos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes o Juízo da Infância e Juventude, pois esse juízo é mais sensível às peculiaridades do desenvolvimento psicológico, emocional e social de crianças e adolescentes do que os juízos criminais. Assim, o processamento realizado no Juízo da Infância e Juventude tende a minimizar a revitimização da criança e os danos morais geralmente gerados quando se está envolvido, direta ou indiretamente, em uma persecução penal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente²¹ estabelece no seu artigo 148a competência da Justiça da Infância e da Juventude para:

- I - conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis;
 - II - conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo;
 - III - conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes;
 - IV - conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209;
 - V - conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis;
 - VI - aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente;
 - VII - conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.
- Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:
- a) conhecer de pedidos de guarda e tutela;
 - b) conhecer de ações de destituição do pátrio poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda; (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
 - c) suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento;
 - d) conhecer de pedidos baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do pátrio poder familiar; (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
 - e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais;
 - f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente;
 - g) conhecer de ações de alimentos;

²⁰ BRASIL. *Constituição Federal*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

²¹ BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13, out. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 10 set. 2019.



h) determinar o cancelamento, a retificação e o suprimento dos registros de nascimento e óbito.

O conhecimento, processamento e julgamento de crimes de abuso sexual cometidos por adultos contra crianças e adolescentes não está expressamente previsto no artigo supracitado, porém é considerado uma competência adicional, pois o rol do artigo 148 do ECA não é um rol taxativo, posto que não abarca todas as hipóteses de vulnerabilidade da criança e do adolescente. As materiais que tem a competência da Justiça da Infância e da Juventude dispostas no ECA são meramente exemplificativas, sendo possível, portanto, a ampliação de hipóteses que envolva violação de direitos dos menores de idade.

O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal²², superou seu antigo entendimento de que o rol do artigo 148 do ECA era taxativo²³. A jurisprudência anterior do STJ justificava a incompetência pela ausência de permissivo legal para o julgamento de feitos criminais no âmbito do Juízo da Infância e da Juventude, fundamentando que o atribuição concedida aos Tribunais pela Constituição Federal, para disciplinar sua organização judiciária, não lhes dava autorização para revogar, ampliar ou modificar disposições sobre competência estabelecidas em lei federal²⁴.

Em observância a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a gestão da organização judiciária é atribuição do Tribunal de Justiça, a quem é facultado conferir ao Juízo da Infância e Juventude a competência adicional para julgamento dos processos criminais que envolvem delitos contra a dignidade sexual quando vitimadas crianças e adolescentes. Dessa forma, é faticamente possível e viável a proposta apresentada no presente trabalho para fixação do Juízo da Infância e Juventude para processar e julgar autores de crime de abuso sexual contra crianças.

CONCLUSÃO

A complexidade do processo de formação da memória demonstra que as falhas, seja de transitoriedade; de distração; de bloqueio; de atribuição errada; de distorção ou de persistência, podem ser geradas em qualquer das três etapas: apreensão, armazenamento e

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2017. *HC nº 128.542/RN*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13286143>. Acesso em: 10 set.2019.

²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2019. *AgRg no AgRg no HC nº 445.863/RS*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24226431/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-habeas-corporis-agrg-no-agrg-no-hc-146823-rs-2009-0175266-4-stj/inteiro-teor-24226432>. Acesso em: 10 set.2019.

²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2013. *RHC nº 34.742/RS*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24047547/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-34742-rs-2012-0259488-5-stj?ref=serp>. Acesso em: 10 set.2019

evocação, falhas essas que comprovam a falibilidade das lembranças, e conseqüentemente das provas orais que tem por finalidade a reconstrução de fatos vivenciados. Considerado a relevância da prova oral para fundamentação das decisões judiciais, em particular as sentenças condenatórias que têm o condão de privar o indivíduo de seu direito fundamental de liberdade, é essencial que o poder judiciário perceba a existênciada falsificação da memória nas provas orais, e a partir disso adote medidas adequadas para minimizar as conseqüências jurídicas que tais provas provocam nos jurisdicionados, em especial aqueles condenados injustamente.

Os recentes estudos da psicologia cognitiva e psicologia social demonstram claramente o fenômeno das falsas memórias no relato testemunhal, principalmente de crianças, por influência de fatores externos que sugestionam o relato do depoente. Os fatores mais impactantes são o transcurso do tempo; a sugestibilidade; o viés do entrevistador e o subjetivismo do magistrado. O exame sobre a falsificação de lembranças aplicada à área jurídica, constitui uma importante ferramenta para evitar que pessoas inocentes sejam investigadas, presas e condenadas com base unicamente em provas orais ou reconhecimento pessoal, que conforme verificado no presente trabalho, são vulneráveis e passíveis de sofrerem contaminações.

A aplicação da técnica de entrevista cognitiva no âmbito jurídico, não exatamente em seus moldes originais, mas em sua essência de técnica investigativa é uma alternativa importante para a redução da incidência de falsas memórias nos relatos das crianças supostamente vítimas de violação sexual. Na entrevista cognitiva infantil, as crianças irão falar ou demonstrar por meio de desenhos, gestos, brincadeiras e outras comunicações não verbais a ocorrência de determinado fato. Além das técnicas que compõem a entrevista cognitiva, outra medida que pode ser adotada para reduzir a contaminação da memória é a antecipação da oitiva da vítima, isto é, a entrevista cognitiva sugerida será realizada no momento pré-processual, utilizando do instituto da prova antecipada.

Por fim, também é salutar fixar como juízo competente para processar e julgar os crimes sexuais contra crianças o Juízo da Vara da Infância e Juventude, posto que o magistrado e demais serventuários dessa vara especializada estão acostumados no tratamento diferenciado oferecido às crianças e aos adolescentes, bem como são mais sensíveis às peculiaridades da vulnerabilidade presente nos indivíduos menores de idade, razão pela qual instruíram e julgaram melhor os crimes de abuso sexual contra crianças, resguardando os princípios da proteção integral e da absoluta prioridade de proteção à criança e ao adolescente.

Espera-se que este breve estudo possa fomentar mais discussões sobre a vulnerabilidade da prova oral, a necessidade de desenvolvimento de técnicas e mecanismos capazes de minorar o processo de falsificação da memória, bem como a necessidade de terem os entrevistadores e julgadores a sensibilidade pela condição falível das vítimas, principalmente quando tomadas pela emoção. Por fim, busca-se por um processo e julgamento justo, calcados nas garantias constitucionais.

REFERÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2010. *HC nº 97129*. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+97129%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+97129%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hdhy3pb>. Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, 2017. *HC nº 128.542/RN*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13286143>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 2019. *AgRg no AgRg no HC no 445.863/RS*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24226431/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-agrg-no-hc-146823-rs-2009-0175266-4-stj/inteiro-teor-24226432>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 2013. *RHC no 34.742/RS*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24047547/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-34742-rs-2012-0259488-5-stj?ref=serp>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Constituição Federal*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Decreto-lei nº 3689*, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941 e retificado em 24 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. *Lei no 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13, out. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

CALÇADA, Andreia. *Perdas irreparáveis: alienação parental e falsas acusações de abuso sexual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Publit, 2014.

CORDEIRO, Franco. *Procedimiento penal.v.2*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson M. de. Glosas ao Verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, 2004.

DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010.

FEIX, Leandro da Fonte. *Efeito da emoção na memória de crianças*. 2008. Dissertação de mestrado em Psicologia Social – Psicologia – PUCRS, 2008, Porto Alegre.

FUSTER, J. Arquitetura da Rede. *Revista Viver Mente e Cérebro*: Edição Especial, São Paulo, n. 2, 2006, p.27.

IZQUIERDO, Iván. *Memória*. Porto Alegre: Artmed, 2002.

LOFTUS, Elizabeth. Criando Falsas Memórias. *Revista Científic American*, ano 3, n. 277, 1997.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, V. I e II, 4.ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Direito Processual Penal*, 9.ed, São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Introdução crítica ao processo penal – Fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MORAES, Evaristo de. *O testemunho perante a justiça penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1939.

NYGAARD, M. L.C, FEIX, L. F e STEIN, L.M. Contribuições da psicologia cognitiva para a oitiva da testemunha: avaliando a eficácia da entrevista cognitiva. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais (IBCCRIM)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, nº 61, ano 14.

PINTO, A. C. Recordações verídicas e falsas: Avaliação de alguns factores. *Psicologia, Educação e Cultura*, 2002. Disponível em: <https://www.fpce.up.pt/docentes/acpinto/artigos/18_recordacoes_falsas.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2019.

PISA, Osnilda. *Psicologia do Testemunho: os riscos na inquirição de crianças*. 2006. Dissertação de mestrado em Psicologia Social e da Personalidade, orientadora Lilian M. Stein. *Psicologia – EDIPUCRS*, 2006, Porto Alegre.

SANTOS, Renato Favarin dos ; STEIN, Lilian Milnitsky. A influência das emoções nas falsas memórias: uma revisão crítica. In: *Psicologia*, USP: V.19, no.3. 2008

SCHACTER, Daniel L. *Os sete pecados da memória: como a mente esquece e lembra*. Tradução Sueli A. Gunn. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

STEIN, Lilian M. e NYGAARD, Maria Lúcia C. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais - IBCCRIM*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 43, ano 11, 2003

_____. e PERGHER, Giovanni K. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. In: *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 2001, 14(2).



 e Colaboradores. *Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: ARTMED, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal 3*. 31. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

INDENIZAÇÃO PELO TEMPO DE VIDA PERDIDO X MERO ABORRECIMENTO: OS CAMINHOS DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Mylena Costa de Jesus

Graduada pela Faculdade Presbiteriana Mackenzie-Rio. Advogada.

Resumo – No ordenamento jurídico brasileiro, os critérios para aferição econômica do *quantum* indenizatório do dano moral nas relações de consumo possuem um caráter essencialmente subjetivo, por depender do livre convencimento do julgador. Pela impossibilidade de se avaliar objetivamente o dano moral, não há um critério quantitativo exato para aferi-lo, o que pode fazer com que casos semelhantes recebam indenizações bem diferentes. Por tal motivo, questiona-se acerca de qual critério seria o ideal para ser adotado pelo julgador no momento de sua fixação, como por exemplo, a possibilidade da tarifação do dano moral que já trataria valores para o juiz quando da fixação do ressarcimento, mas que é alvo de intensas críticas. Diante dessa discussão, a essência do presente trabalho é demonstrar a possibilidade de se utilizar como critério para a aferição do *quantum* indenizatório dos danos morais o tempo de vida perdido, conhecida como teoria do desvio produtivo do consumidor, de forma que determinados transtornos não sejam mais tratados como meros aborrecimentos pelos julgadores.

Palavras-chave – Direito do consumidor. Indenização. Tempo de vida perdido. Mero aborrecimento. Dano Moral.

Sumário – Introdução. 1. O subjetivismo do dano moral como causador da insegurança jurídica frente ao grande número de demandas oriundas da relação de consumo. 2. Tarifação (críticas) x Variação (insegurança jurídica). 3. Aplicação da indenização pelo tempo de vida perdido (ou teoria do desvio produtivo) como motivação para indenização por danos morais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os critérios a serem seguidos para a determinação econômica do *quantum* indenizatório do dano moral nas relações consumo, levando-se em consideração que na atual sociedade de consumo, o tempo de vida perdido para a tentativa de solução de problemas, quando excessivo e desarrazoado, não deve ser considerado mero aborrecimento. Além disso, busca-se questionar a insegurança jurídica causada pelas decisões conflitantes em casos semelhantes, em decorrência do subjetivismo do dano moral.

O tema gera discussão, pois em razão do caráter essencialmente subjetivo do dano moral, a sua determinação depende exclusivamente do livre convencimento do juiz e de seus próprios conceitos internos diante do caso concreto, o que leva muitas vezes a jurisprudência



sustentar que toda a peregrinação percorrida pelo consumidor para ver o seu problema solucionado (problema este criado pelo próprio fornecedor) representa um mero aborrecimento.

Confrontando com a cultura do “mero aborrecimento”, merece atenção do Direito a questão do tempo de vida perdido, conhecido também como teoria do desvio produtivo, que vem sendo cada vez mais aceito pela jurisprudência, constituindo a sua violação um dano indenizável. Nem toda violação ao tempo será indenizável, mas há casos em que essa violação extrapola mero dissabor.

Para trabalhar o tema, busca-se demonstrar que tanto o “mero aborrecimento” quanto o tempo de vida perdido são critérios utilizados para aferir o quantum indenizatório. No entanto, em razão do caráter subjetivo do dano moral e o grande número de demandas oriundas das relações de consumo que pleiteiam esse tipo de indenização, verifica-se decisões de todos os tipos e valores, algumas com valores ínfimos e outras com grandes valores para questões semelhantes, causando uma grande insegurança jurídica.

Inicia-se o primeiro capítulo trazendo a discussão os efeitos da cultura da violação dos direitos subjetivos do consumidor e a insegurança jurídica causada pelo subjetivismo do dano moral frente ao grande número de demandas oriundas das relações de consumo que pleiteiam esse tipo de indenização.

No segundo capítulo procura-se explicitar a discussão sobre qual critério é o mais adequado para se chegar à quantificação da indenização por dano moral, a tarifação ou a variação, sabendo que aquela é rodeada de críticas e esta pode gerar muita insegurança jurídica.

No terceiro capítulo busca-se comprovar que dentro do atual quadro da sociedade de consumo, o tempo de vida perdido não deve ser considerado como mero aborrecimento, devendo ser utilizado como critério para fixação da quantificação da indenização por danos morais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o presente trabalho possui o objetivo de elencar um conjunto de hipóteses, as quais acredita que seja a adequada para se chegar a um procedimento de identificação dos caminhos para a determinação econômica da indenização por dano moral nas relações de consumo.

Para tanto, o objeto da presente pesquisa é necessariamente qualitativa, pois o pesquisador pretende se valer da análise da legislação, doutrina e jurisprudência com a finalidade de sustentar a tese apresentada.

1. O DANO MORAL E O SEU SUBJETIVISMO COMO CAUSADOR DA INSEGURANÇA JURÍDICA NAS DEMANDAS ORIUNDAS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Segundo Flavio Tartuce¹, diante de um descumprimento obrigacional, seja pela desobediência de um contrato ou por inobservância de um determinado preceito normativo que regula a vida surge a responsabilidade civil, que é entendida, segundo Maria Helena² Diniz, como a “aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de um ato por ela mesma praticado, por pessoa a quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.

A Constituição de 1988 (CFRB/88)³ em seu art. 5º, V e X, ao garantir o direito a indenização por dano moral e material, utilizou a palavra “indenização” como gênero das quais seriam espécies a reparação e o ressarcimento. Por esse motivo, Carlos Roberto Gonçalves⁴ explica que “indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *status quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito, todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação na forma do pagamento de uma indenização monetária”.

Dentro dos elementos da responsabilidade civil, Flávio Tartuce⁵ e doutrina majoritária entendem que para que haja a responsabilidade civil, é necessária a existência de quatro pressupostos (ou elementos), quais sejam: conduta humana, culpa (genérica ou *lato sensu*), nexo de causalidade e o dano (ou prejuízo). Tendo em vista que o presente trabalho se dedica apenas à análise do dano moral, apenas o último pressuposto será analisado.

Certo é que, para que haja o pagamento de qualquer indenização deve haver a prova do dano patrimonial (quando se trata de danos materiais) ou extrapatrimonial (quando se trata de danos morais). A prova do dano é uma das grandes dificuldades em uma ação indenizatória.

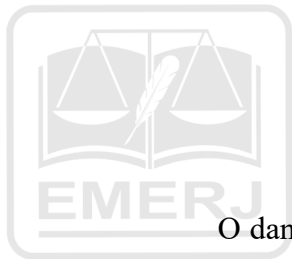
¹TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume único*. 9. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 421.

²DINIZ, apud DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: O prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. Espírito Santo: Edição especial do autor, 2017, p. 100.

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁴GONÇALVES, apud DESSAUNE Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: O prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. Espírito Santo: Edição especial do autor, 2017, p. 101.

⁵TARTUCE, op. cit., p. 436.



O dano moral possui fundamento na CRFB/88⁶ e está expressamente previsto no art. 186 do Código Civil (CC)⁷ e no art. 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁸. Nesse sentido, o dano moral pode ser conceituado como lesão aos direitos da personalidade, como a dignidade, a honra, a imagem. Dessa forma, não há como se quantificar um preço para a dor ou sofrimento, mas apenas uma forma de abrandar esse prejuízo causado. Por tal motivo, o correto é não utilizar a expressão reparação e sim ressarcimento para os danos morais, uma vez que sua razão de ser não é gerar acréscimo patrimonial ao lesado, mas sim compensá-lo⁹.

Em que pese toda a evolução nas relações de consumo trazidas pelo Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, o grande problema enfrentado nos dias atuais é: a quantificação da indenização por danos morais, sendo este um ponto de grande discussão na doutrina e jurisprudência, já que não há como encontrar uma forma de se determinar com exatidão o dano moral sofrido pela vítima. Caberá, portanto, ao juiz com base em seu livre convencimento e conceitos internos avaliar se é cabível ou não, bem como o seu *quantum* indenizatório.

Com o advento da Constituição de 1988, a jurisprudência do STJ considerava os danos morais como presumidos, tendo em vista a violação aos direitos da personalidade. Posteriormente, a jurisprudência passou a exigir a prova do dano quando ausente presunção, o que ficou muito conhecido como a indústria do dano moral¹⁰.

É nesse contexto que os Tribunais, em razão de grandes demandas provenientes das relações de consumo, passaram a afastar o reconhecimento do dano moral considerando-os como meros aborrecimentos, ou seja, dissabores da vida cotidiana. Para Maria Celina Bodin¹¹ de Moraes “De fato, não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais [...]”.

Essa tendência em se considerar o dano moral em mero aborrecimento é decorrência da sua subjetividade, ou seja, a liberdade do juiz em valorar a sua quantificação. Conforme o

⁶BRASIL, op. cit., nota 3.

⁷BRASIL. *Código Civil*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁸BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁹TARTUCE, op. cit., p. 457.

¹⁰ SANTOS, Andressa Rodrigues Dantas dos. *Dano moral ou mero aborrecimento do cotidiano: o excesso de tempo de espera em fila para atendimento*. 2018. 53 f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Rio Grande do Norte, 2018, p. 28.

¹¹MORAES, apud DESSAUNE, op. cit., p.132.

Ministro Salomão, não há um critério legal, objetivo e tarifado para a fixação do dano moral. “depende muito do caso concreto e da sensibilidade do julgado”. “A indenização não pode ser ínfima, de modo a servir de humilhação à vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem causa¹²”.

Essa é a grande questão, uma vez que a sua quantificação não é um mero cálculo aritmético e sim algo rodeado de subjetivismo. Comparando com o Direito Americano, os valores das indenizações relativas ao dano moral, de maneira geral, são baixos no Brasil, uma vez que naquele é fundamental na definição do *quantum debeat* o critério da punição pecuniária do ofensor, denominado *punitivedamage*, que deve estar em harmonia com outros três: gravidade da conduta, repercussão da ofensa no meio social e capacidade econômica do ofensor¹³.

Em razão de o poder de arbitrar o valor da indenização por danos morais estar nas mãos inteiramente do Juiz, caso este não se atende a certos critérios, podemos nos deparar com decisões arbitrárias, ou seja, indenizações extremamente pesadas (que não pode ser arcada pelo ofensor) ou indenizações demasiadamente brandas (premiando o ofensor)¹⁴.

No Brasil não há uma determinação econômica que corresponda essa compensação da vítima a uma quantia em dinheiro no que tange a finalidade punitiva do dano moral, como ocorre nos Estados Unidos com o *punitivedamage*. O Direito brasileiro prevê o pagamento de determinada quantia, que de forma abstrata deve atender as finalidades da indenização, o que torna a aferição do dano moral algo extremamente subjetivo¹⁵.

Certo é que diversos fatores podem acarretar as disparidades presentes nas decisões quanto à fixação do dano moral. Isso é o que alguns chamam de “jurisprudência lotérica”. Segundo o Ministro Salomão, para um mesmo fato que afeta inúmeras vítimas, uma Câmara do Tribunal fixa um determinado valor de indenização e outra Turma julgadora arbitra, em situação envolvendo partes em situações bem assemelhadas, valor diferente. “Esse é um fator muito ruim para a credibilidade da Justiça, conspirando para a insegurança jurídica”, explica o Ministro.

Existem certas quantias definidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) para determinados tipos de indenização, que podem variar de acordo com o dano sofrido. Contudo,

¹²CONJUR. *STJ define valor de indenizações por danos morais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

¹³KHOURI, Paulo R. Roque A.. *Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor* em Juízo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 175 [e-book].

¹⁴ Ibid., p. 175 [e-book].

¹⁵ SANTANA, Hélio Valverde. *A fixação do valor da indenização por dano moral*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/175/ril_v44_n175_p21.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.

a subjetividade relativa ao quantum indenizatório do dano moral resulta certamente em disparidades entre os diversos Tribunais do país. Por exemplo, a Procuradoria do estado do Rio Grande do Sul, para embasar a sua tese de redução da indenização em que foi condenada, apresentou exemplos de julgados em um recurso analisado pela 2ª Turma do STJ em 2004¹⁶.

O Diretor-Geral de um hospital penitenciário do Presídio Central de Porto Alegre ficou paraplégico em razão de ferimentos ocasionados por ter sido refém durante um motim. Ao processar o Estado, seu dano moral foi arbitrado em primeira instância em R\$ 700 mil reais. Neste caso, o Tribunal entendeu por adequada a indenização equivalente a 1.300 salários mínimos. Contudo, em situações muito assemelhadas – caso de paraplegia –, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais fixou os danos morais em 100 salários mínimos¹⁷.

Em que pese o exemplo acima não se tratar de relação de consumo, essa é a realidade que a nossa jurisprudência enfrenta todos os dias: o subjetivismo do dano moral como causador da insegurança jurídica, já que muitos casos são tratados como meros dissabores cotidianos, ou fazem jus a uma indenização irrisória ou grandiosa, mesmo tratando de situações bem semelhantes.

2. TARIFAÇÃO (CRÍTICAS) X VARIAÇÃO (INSEGURANÇA JURÍDICA)

Conforme já discutido, a grande dificuldade acerca do dano moral nos dias de hoje é a sua quantificação. Diferentemente do dano patrimonial, onde se pode repor o bem danificado ao seu *status quo* anterior, isso não é possível com o dano moral, em razão da sua subjetividade, pois não há como mensurar como uma lesão extrapatrimonial afetou o íntimo de uma pessoa.

Mas o que vem a ser o dano moral? O dano seria o prejuízo sofrido por alguém que acarretaria diminuição em seu patrimônio. Já a moral é tudo aquilo fora do patrimônio capaz de se mensurar, insuscetível de valor econômico. Desse modo, o dano moral seria o sofrimento vivenciado pela pessoa, de forma a afetar a sua paz interior, honra, insuscetível de valor econômico, onde não existem parâmetros objetivos capazes de mensurar a dor ou o prejuízo íntimo, físico ou psicológico¹⁸.

¹⁶CONJUR, op. cit., nota 12.

¹⁷Ibid.

¹⁸ FRAZÃO, Rafael de Arruda. Os parâmetros de fixação do dano moral. *Revista da ESMAM*, Maranhão, v. 8, n. 8, p. 215., jan./dez. 2012.

Percebe-se, portanto, que o dano moral viola direitos decorrentes da personalidade humana, de forma que para a sua reparação, busca-se na verdade, uma forma de compensação pela dor sofrida e a sua ocorrência independe da existência de outro tipo de dano, como por exemplo, o dano material¹⁹. Isso porque reparar seria a voltar ao estado anterior, o que só seria possível com o dano patrimonial.

Como não existe a possibilidade de se avaliar objetivamente o sofrimento humano, não há um critério quantitativo exato para se aferir o dano moral, razão pela qual, sua quantificação é dotada de total subjetivismo. Segundo Antonio Jeová Santos²⁰ (Juiz de Direito em São Paulo) apenas no estado de São Paulo existe três Tribunais que apreciam questões relativas ao dano moral. Em casos similares em que não houvesse uniformidade, seria possível que um ou outro Tribunal fosse considerado generoso ou não quando da indenização do dano moral. Se for levado em consideração que esses Tribunais são compostos por Câmaras, pode-se supor que uma Câmara se utiliza de um determinado critério e outra, baseando-se em fundamentos diversos, estabelecerá diferentemente o dano moral. Agora, se for levado em consideração que todos os estados brasileiros, com todos os seus juízes, mesmo existindo certa homogeneidade, certamente haverá diferenças em relação à consideração do dano moral nas diversas regiões do país, pois, por exemplo, algo que certamente ferirá a honra em alguma região do nordeste, pode não ter a mesma valoração em alguma região do sudeste.

Diante dessa falta de critério e arbítrio do julgador, surgiu a questão da tarifação ou tabelamento da indenização, pois assim, a questão da quantificação do dano moral poderia estar solucionada se legislador tratasse em algum diploma legal o *quantum* a ser indenizado nas hipóteses em que ocorresse violação do direito à pessoa.

A tarifação seria a fixação na lei de um piso mínimo e um teto máximo para o pagamento de valores correspondentes às infrações, ficando o juiz adstrito a esses valores quando da fixação do ressarcimento. Essa solução é completamente rechaçada pela doutrina e jurisprudência, sendo alvo de diversas críticas. Primeiramente porque quem decidiria a questão da indenização não seria o juiz diante do caso concreto, ainda que ao seu arbítrio, mas sim o legislador que tornaria todos iguais perante a legislação sem realizar qualquer análise a luz do caso concreto²¹.

O tarifamento do dano moral pode não ser capaz de reparar o prejuízo sofrido, uma vez que faltará inaptidão para se fazer uma análise da situação concreta. No Brasil foi

¹⁹Ibid., p. 216.

²⁰SANTOS, Antonio Jeová da Silva. *Dano moral indenizável*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 120.

²¹Ibid., p. 133.



utilizado durante muito tempo a Lei de Imprensa²² e o Código Brasileiro de Telecomunicações²³ para a quantificação do dano moral, isso porque essas leis traziam uma tarifação.

Diante dessas leis, Antonio Jeová Santos²⁴ aborda em seu livro a seguinte situação: uma rede de televisão vista em todo o país e um jornal local de uma pequena cidade do interior. Seria justo, que diante do cometimento de uma infração contra a pessoa, ambos respondessem da mesma forma? Certamente não. A Lei de Imprensa²⁵ foi objeto de uma ADPF, quando ficou decidida pela sua não recepção, já o Código Brasileiro de Telecomunicações foi revogado pela Lei nº 9.472/1997, salvo quanto à matéria penal e aos preceitos relativos à radiodifusão.

Portanto, tarifar o dano moral feriria gravemente o princípio da reparação integral do dano, pois haveria uma tentativa de limitá-lo. A Constituição de 1988²⁶ consagrou o direito à reparação por danos materiais e morais no art. 5º, incisos V e X e o Código Civil²⁷ em seu art. 944 positivou o princípio da reparação integral ao dispor que a indenização deve ser medida pela extensão dos prejuízos sofridos pelo lesado. Na hipótese de uma tarifação, qualquer que fosse a extensão do dano, a quantificação em dinheiro já estaria previamente determinada, o que estaria completamente equivocado, pois o juiz deve avaliar a extensão do dano quando da aplicação da indenização.

Por tal motivo que a variação é o mais indicado na análise do caso concreto, mesmo que dotada de subjetivismo. Por tal motivo, a doutrina e jurisprudência tentam apresentar alguns parâmetros para a sua quantificação no intuito de trazer uma maior segurança jurídica. Sendo assim, o dano moral pode ser classificado levando-se em conta: (1) a natureza específica da ofensa sofrida; (2) a intensidade real, concreta, efetiva, do sofrimento do ofendido; (3) a repercussão da ofensa no meio social em que vive o ofendido; (4) a existência de dolo (má-fé) por parte do ofensor, na prática do ato danoso e o grau de sua culpa; (5) a situação econômica do ofendido e do ofensor; (6) a capacidade e a possibilidade real e efetiva do ofensor voltar a praticar e/ou vir a ser responsabilizado por outro fato danoso, ou seja, se

²²BRASIL. *Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5250.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.

²³BRASIL. *Código Brasileiro de Telecomunicações*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.

²⁴SANTOS, op. cit., p. 135-136.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 23.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 7.

ele já cometeu a mesma falta; (7) as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido; (8) e a necessidade de punição²⁸.

Certo é que a falta de critérios legais objetivos para fixar o *quantum* indenizatório por dano moral faz com o que os juízes busquem parâmetros para fundamentar as suas decisões de forma a evitar a insegurança jurídica. Diante do que foi dito, percebe-se que a tarifação não é o caminho mais adequado, o que deixa como opção a valoração, que deve ser muito bem analisada no caso concreto. Dessa forma a doutrina e a jurisprudência buscam de alguma forma trazer uma parametrização em suas decisões, mesmo que ainda ocorram diversos casos de situações semelhantes com decisões diferentes.

Portanto, a ausência de critérios objetivos para a quantificação do dano moral e a sua fixação baseada no livre convencimento deixada a arbítrio do juiz, demonstra a necessidade de que a doutrina e a jurisprudência tragam parâmetros para a sua fixação, o que podemos dizer que seria mais um dever de fundamentação²⁹. Sendo assim, ao determinar que os julgadores analisem certos critérios relacionados à dor, sofrimento, vexame, conduta, resultado, poder-se-ia tentar buscar uma maior justiça nas decisões, visto que é inevitável retirar o subjetivismo e, a tarifação, como demonstrado, não é o caminho mais adequado a ser seguido.

3. APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PELO TEMPO DE VIDA PERDIDO (OU TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO) COMO MOTIVAÇÃO PARA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

O consumidor, ao se deparar com qualquer problema inserido na órbita das relações de consumo, para ter sua questão solucionada, despende uma parte do seu tempo, adiando ou suprimindo algumas de suas atividades corriqueiras. Assim, o consumidor emprega recursos e deixa de realizar outras atividades do seu dia a dia, para tentar solucionar problemas que sequer foram criados por ele³⁰.

Pode-se dizer que, diante dessas situações em que o fornecedor, por sua espontânea liberalidade, atende mal o consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, de forma a criar um problema de consumo, cujas consequências ultrapassam o mero dissabor, aborrecimento,

²⁸FRAZÃO, op. cit., p. 218.

²⁹Ibid., p. 230.

³⁰DESSAUNE, op. cit., p. 87.

enquadra-se em um conceito novo do Direito criado por Marcos Dessaune³¹ chamado de desvio dos recursos produtivos do consumidor ou, de forma sucinta como desvio produtivo do consumidor.

Segundo Marcos Dessaune³²:

[...] nessa nova expressão cunhada não empreguei o adjetivo “produtivo” para qualificar o desvio do consumidor como sendo um ato “producente” ou “improducente”. Diversamente, utilizei tal adjetivo em sua acepção de “relativo à produção”, indicando tão somente que em situações de mau atendimento e de omissão, dificuldade ou recusa de responsabilidade pelo fornecedor, o consumidor se vê forçado a desviar seus recursos “que produzem” (tempo e competências) de suas atividades geralmente existenciais, objetivando enfrentar os mais variados problemas de consumo [...].

Antes de aprofundar o tema sobre o tempo de vida perdido (ou teoria do desvio produtivo) é importante conceituar o que a doutrina entende por “mero aborrecimento” nas relações de consumo. Para Cavalieri Filho³³ “mero dissabor, aborrecimento, mágoa, (...), estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia (...) tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo”.

Portanto, o mero aborrecimento, pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros, não enseja o dano moral, pois está incluído em situações cotidianas vivenciados pelos consumidores. Tal situação não pode ser confundida com aquelas em que o consumidor, ao tentar solucionar problemas advindos da relação de consumo, é posto em uma situação de espera desarrazoada que pode persistir por meses ou anos. Sendo assim, o mero aborrecimento não pode ser confundido com a indenização decorrente do o tempo de vida perdido (ou teoria do desvio produtivo), conforme será explicitado adiante.

Não há dúvidas de que na atual sociedade de consumo do século XXI, as empresas se tornaram grandes fornecedoras de serviços e conseqüentemente litigantes contumazes, pois em busca de ampliação do mercado e captação de novos clientes, esqueceram-se de prezar pela prestação de serviços de qualidade. Por tal motivo, os problemas avindos pela má prestação de serviço fizeram com que os consumidores ao invés de sofrerem “meros aborrecimentos” cotidianos, passassem a se ver em uma *via crucis* para ver seus problemas solucionados, chegando ao limite de ter que recorrer ao Poder Judiciário.

³¹Ibid., p. 88.

³²Ibid.

³³CAVALIERI FILHO apud ibid., p. 132.

Sendo assim, o que poderia ter uma solução simples, na maioria das vezes extravasa qualquer limite de razoabilidade. O tempo nos dias de hoje é um bem jurídico e quem injustificadamente o apropria, causa lesão que em muitos casos ultrapassa o simples aborrecimento do cotidiano, o que ocorre quando a má prestação de um serviço ultrapassa os limites da razoabilidade, ensejando um sentimento de descaso.

Com recorrente ineficiência na prestação de serviços pelas fornecedoras, é comum juízes enquadrarem situações claramente ensejadoras de dano moral como “mero aborrecimento”. Contudo, a jurisprudência vem caminhando para a descaracterização de diversos casos como mero aborrecimento e começando aplicar a teoria do desvio produtivo do consumidor.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro³⁴ afastou a súmula do “mero aborrecimento” ao conceder uma indenização por danos morais. A fundamentação utilizada pela 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi a de que a súmula nº 75 do Tribunal de Justiça não pode suprimir direito estabelecido pela Constituição Federal e assim condenou um Banco a pagar uma indenização por danos morais a uma mulher que teve seu cartão de crédito recusado em uma loja³⁵.

A decisão no referido julgado representa um grande avanço na jurisprudência, pois como afirmou a própria OAB-RJ em requerimento enviado ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro “não faz o menor sentido que o consumidor perca seu tempo — já escasso — para tentar resolver problemas decorrentes dos bens concebidos exatamente com o objetivo de lhe poupar tempo”³⁶.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui decisões recentes condenando fornecedores à indenização por danos morais aplicando a teoria do desvio produtivo. Em uma dessas decisões, o Ministro Marco Aurélio Bellizze afirma que “para evitar maiores prejuízos, o consumidor se vê então compelido a desperdiçar o seu valioso tempo e a desviar as suas custosas (...) para tentar resolver esses problemas de consumo, que o fornecedor tem o dever de não causar”³⁷.

³⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0027164-09.2017.8.19.0205*. Relator: Desembargador Alcides da Fonseca Neto. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-mero-aborrecimento.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2019.

³⁵RODAS, Sérgio. *TJ-RJ afasta súmula do “mero aborrecimento” e concede indenização*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-04/tj-rj-afasta-sumula-mero-aborrecimento-concede-indenizacao>>. Acesso em: 22 set. 2019.

³⁶RODAS, op. cit., nota 36.

³⁷CREPALDI, Thiago. *STJ reconhece aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/stj-reconhece-aplicacao-teoria-desvio-produtivo-consumidor>>. Acesso em: 22 set. 2019.

Além disso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é um dos Tribunais que mais têm acatado esse entendimento, conforme se verifica no julgado abaixo:

[...]dano moral in reipsa, e consequência lógica da perda do tempo útil experimentada pelo autor, idoso, que, ao fazer reclamações junto à ré (protocolos não impugnados), esta se manteve inerte à solução do problema, exigindo, ainda, e de forma injustificada, o pagamento de faturas as quais já sabia indevidas. O quantum indenizatório deve representar compensação razoável pelo sofrimento experimentado, cuja intensidade deve ser considerada para fixação do valor, aliada a outras circunstâncias peculiares de cada conflito de interesses, sem jamais constituir-se em fonte de enriquecimento sem causa para o ofendido, nem, tampouco, em valor ínfimo que o faça perder o caráter pedagógico-punitivo ao ofensor. Nessa esteira, considerando as peculiaridades do caso e os valores que vêm sendo arbitrados por esta C. Turma, fixo o valor indenizatório em R\$ 3.000,00 [...] ³⁸.

Portanto, é possível observar um caminhar na jurisprudência para a aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor de forma que, todo tempo desperdiçado pelo consumidor, ou seja, todo tempo de vida perdido para ver seus problemas solucionados (problemas estes gerados exclusivamente pelos maus fornecedores), caracteriza dano moral indenizável.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo primordial trazer a indenização pelo tempo de vida perdido ou teoria do desvio produtivo do consumidor como um critério possível para a aferição do *quantum* indenizatório dos danos morais no âmbito das relações de consumo.

O dano moral possui um caráter extremamente subjetivo, pois a sua quantificação depende de um juízo íntimo e exclusivo do juiz, o que faz com que em um país extenso e diversificado como o Brasil, casos semelhantes sejam tratados de formas bem diferentes e por isso recebem indenizações de valores diferentes, o que pode trazer um sentimento de insegurança jurídica.

O grande problema enfrentado é que não é possível determinar com exatidão o dano moral sofrido pela vítima, uma vez que não existe um critério objetivo para essa quantificação. Em razão disso, foi sendo propagado pela jurisprudência que diversos transtornos sofridos pelo consumidor deveriam ser considerados como meros aborrecimentos decorrentes de situações cotidianas.

³⁸BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Recurso Inominado n° 0013546-66.2018.8.19.0203*. Relator: Juiz Marcos Antônio Ribeiro de Moura Brito. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.5.0>>. Acesso em: 22 set. 2019.

Certo é que esse entendimento em se considerar o dano moral como mero aborrecimento é uma decorrência da sua subjetividade. Por tal motivo, foi sustentada pela doutrina a possibilidade de se utilizar a tarifação como critério de quantificação, uma vez que o juiz ficaria limitado aos valores correspondentes às infrações já previamente fixados quando do ressarcimento. Contudo, essa possibilidade é altamente criticada pela doutrina, uma vez que apenas trocaria aquele que decidiria a questão da indenização, que é o juiz, que está em contato com o caso concreto, pelo legislador, que já haveria previamente fixado os limites tornando todos iguais face à legislação.

Percebe-se então a grande dificuldade quando se trata de quantificação de indenização por danos morais na relação de consumo. Todavia, em que pese esse subjetivismo e dificuldade de se avaliar o dano moral sofrido pela vítima, existem situações vivenciadas pelo consumidor em relação ao fornecedor que extrapolam as situações normais decorrentes de qualquer relação de consumo, e são essas que devem ser tratadas como ensejadoras de dano moral e de forma alguma merecem ser tratadas como mero aborrecimento.

Aquelas situações em que o fornecedor cria um problema tão grande para o consumidor de forma que ultrapassa o mero aborrecimento são ensejadoras de dano moral pelo tempo de vida perdido, uma vez que em razão dessa má prestação de serviço, o consumidor se vê em uma situação de grande dificuldade para ver seus problemas solucionados. Essas situações foram chamadas de teoria do desvio produtivo do consumidor.

Portanto, em que pese a existência do subjetivo, a quantificação do dano moral não pode ser tratada sempre como mero aborrecimento e os casos concretos devem ser analisados tendo por base algum tipo de critério, para que casos semelhantes não sejam tratados de forma completamente diferentes gerando insegurança jurídica. Dessa forma, uma maneira de verificar os transtornos sofridos pelo consumidor e quantificar o dano moral devido, é analisar todo o tempo de vida perdido que o consumidor teve de dispender para tentar ver o seu problema solucionado e se esse tempo ultrapassou o limite do razoável.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Marcos Túlio de Souza. *O caráter punitivo do dano moral nas demandas indenizatórias em face dos grandes fornecedores*. 2015. 115 f. Dissertação apresentada em Mestrado (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, Piracicaba, 2015.

BRASIL. *Código Brasileiro de Telecomunicações*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cciv/il_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 8 de set. 2019.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. *Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5250.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0027164-09.2017.8.19.0205*. Relator: Desembargador Alcides da Fonseca Neto. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-mero-aborrecimento.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Recurso Inominado nº 0013546-66.2018.8.19.0203*. Relator: Juiz Marcos Antônio Ribeiro de Moura Brito. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.5.0>>. Acesso em: 22 set. 2019.

CONJUR. *STJ define valor de indenizações por danos morais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danosmoraais>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

CREPALDI, Thiago. *STJ reconhece aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/stj-reconhece-aplicacao-teoria-desvio-produtivo-consumidor>>. Acesso em: 22 set. 2019.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. Espírito Santo: Edição especial do autor, 2017.

FRAZÃO, Rafael de Arruda. Os parâmetros de fixação do dano moral. *Revista da ESMAM*, Maranhão, v. 8, n. 8, p. 215., jan./dez. 2012.

FREITAS, Cláudia Regina Bento de. *O quantum indenizatório em dano moral: aspectos relevantes para a sua fixação e suas repercussões no mundo jurídico*. 2009. 30 f. Artigo científico (Pós-Graduação em Direito) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 2009.

KHOURI, Paulo R. Roque A.. *Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, [e-book].

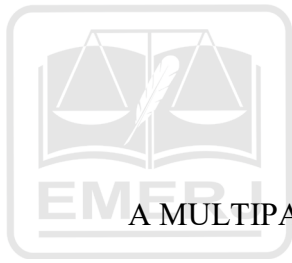
RODAS, Sérgio. *TJ-RJ afasta súmula do "mero aborrecimento" e concede indenização*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-04/tj-rj-afasta-sumula-mero-aborrecimento-concede-indenizacao>>. Acesso em: 22 set. 2019.

SANTANA, Hélio Valverde. *A fixação do valor da indenização por dano moral*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/175/ril_v44_n175_p21.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.

SANTOS, Andressa Rodrigues Dantas dos. *Dano moral ou mero aborrecimento do cotidiano: o excesso de tempo de espera em fila para atendimento*. 2018. 53 f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Rio Grande do Norte, 2018.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume único*. 9. ed. São Paulo: Método, 2019.



A MULTIPARENTALIDADE DECORRENTE DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Natália Caravello Rodrigues Pimentel

Graduada pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Direito e Advocacia Pública pela Escola Superior de Advocacia Pública da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Residente Jurídico na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – é natural que o projeto parental faça parte das escolhas pessoais daqueles que compõem as famílias. Ocorre que, por vezes, a concepção dos filhos pelas vias naturais não é possível, motivo pelo qual, diante dos avanços da ciência, é viável recorrer às técnicas de reprodução assistida: dentre elas, a maternidade de substituição. A essência deste trabalho é analisar se essa prática encontra amparo no ordenamento pátrio, verificar se é constitucional o contrato de “barriga de aluguel”, bem como apontar razoável solução jurídica para caso a parturiente decida não entregar a criança à família que supostamente exerceria o poder familiar.

Palavras-chave – Direito de Família. Biodireito. Reprodução Humana Assistida. Paternidade Socioafetiva.

Sumário – Introdução. 1. A maternidade de substituição como técnica viabilizadora do direito ao planejamento familiar. 2. Os entraves jurídicos na celebração de um contrato nas situações de maternidade de substituição. 3. A multiparentalidade como instituto harmonizador entre os direitos da mãe doadora e da mãe biológica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de reconhecer a coexistência e convivência de direitos e deveres tanto da gestora quanto da família que recebe o bebê – seja biológica, seja afetiva –, caracterizando-se, desse modo, uma relação multiparental.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias, constitucionais, legais e jurisprudenciais acerca do tema de sorte a se observar, se para responder a esses casos, os princípios da afetividade, do planejamento familiar, do melhor interesse da criança, da convivência familiar

e direito à disposição do próprio corpo entram em conflito ou se podem ser compatibilizados com princípios contratuais do *pacta sunt servanda* e boa-fé objetiva.

Sabe-se que a formação de uma família é uma etapa natural da vida do ser humano, a qual, em diversos casos, envolve a opção em procriar, tornando-se um dos principais aspectos daquela constituição familiar. No entanto, não raramente esse plano é árduo de ser concretizado uma vez que há famílias que encontram dificuldades ou impossibilidade de concepção, seja por razões clínicas, seja por razões pelo fato de as famílias advirem de uniões homoafetivas.

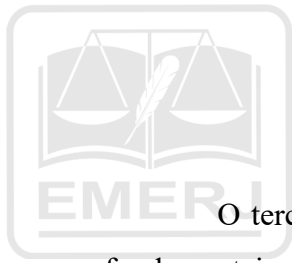
Durante muito tempo, o insucesso de um projeto parental era atribuído à mulher e, diante da falta de opções, os casais, ainda que frustrados, conformavam-se. No entanto, com os avanços da ciência e da tecnologia, foram desenvolvidas técnicas de reprodução humana assistida. Dentre elas, cita-se a maternidade de substituição, também conhecida como gestação por substituição ou popularmente chamada de “barriga de aluguel”, sendo a qual o embrião é gestado no corpo de outra mulher, que não será, em regra, aquela que desempenhará o papel de mãe.

A despeito de a maternidade de substituição significar um facilitador ou, até mesmo, a única forma viável de uma família procriar, é recorrente um problema num momento que, por natureza, é de felicidade e realização: a gestora se afeiçoa ao bebê e decide não o entregar àqueles que o aguardavam para desempenhar o verdadeiro papel familiar, rompendo, desse modo, com um acordo prévio.

O tema é controvertido tendo em vista que, diante da ausência de norma regulamentadora, a jurisprudência e doutrina são bastante divergentes acerca da solução do caso concreto. Sendo assim, resta ao julgador, imbuído de função estatal, interpretar sistematicamente normas constitucionais, legais e da ética médica para se imiscuir nas relações mais íntimas do ser humano: as famílias.

De modo a proporcionar melhor compreensão do tema, o primeiro capítulo visa apresentar a técnica de gestação por substituição, contemplando a divergência sobre sua admissibilidade no ordenamento pátrio. Pretende-se demonstrar que a escolha por essa técnica de reprodução assistida depende de acordo com equipe médica, indicando se tratar ou não caso de empregá-la, não cabendo ao Estado restringir esse direito de escolha.

Em seguida, o segundo capítulo tratará da divergência doutrinária acerca da validade dos contratos popularmente conhecidos como de “barriga de aluguel”, de modo a verificar se a celebração de um negócio jurídico escrito é suficiente para contemplar situações jurídicas inerentes à maternidade de substituição.



O terceiro capítulo da pesquisa ponderará se é possível a coexistência entre direitos fundamentais que assistem à gestante e os garantidos à família que espera aquela criança para dar continuidade ao projeto parental, contemplando se é cabível a aplicação do instituto da multiparentalidade para conciliá-los.

A metodologia da pesquisa se dará pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que a aluna objetiva selecionar proposições hipotéticas, que se imagina serem possíveis para analisar o objeto da pesquisa.

Desse modo, a abordagem do objeto deste trabalho será qualitativa uma vez que a aluna pretende bibliografia pertinente aos temas, amplamente analisada e selecionada na fase exploratória para defender seu ponto de vista.

1. A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO COMO TÉCNICA VIABILIZADORA DO DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E O ORDENAMENTO BRASILEIRO

É cediço que o desejo de formar família é inerente ao ser humano. Nesse contexto, é comum que as pessoas integrantes a ela, independentemente do tipo de constituição adotada (heteroafetiva, homoafetiva, pluriparental, monoparental, anaparental etc.), manifestem vontade de procriar, expressão do direito fundamental ao planejamento familiar, conforme artigo 226, § 7º da Constituição Federal¹. No entanto, por vezes, esse plano não se revela de fácil execução, tendo em vista causas de esterilidade, infertilidade, doenças ou pelo fato de a união ser entre pessoas do mesmo sexo.

Diante disso, a biotecnologia e a medicina desenvolveram métodos de reprodução humana assistida (RHA) que visam proporcionar aos indivíduos a realização do projeto de serem pais e mães. Por reprodução assistida, entende-se o “conjunto de operações para reunir artificialmente, os gametas femininos e masculinos, dando origem a um ser humano”².

A propósito, é mister esclarecer que, não raramente recorre-se ao emprego das técnicas de RHA, na hipótese de os métodos naturais não oferecerem êxito. Consoante Alvaro Petraco, Mariangela Badalotti e Adriana Cristine Arendt, “um em cada seis casais no mundo ocidental

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 out. 2019.

²DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do Biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 679.

apresenta problemas de fertilidade e para 20% desses, o único tratamento é a reprodução assistida”³.

Ademais, deve-se apontar que a opção pela técnica a ser usada ocorre conforme a necessidade de cada paciente, seja por razões clínicas – como deficiências – seja por motivos financeiros, já que as técnicas, normalmente, apresentam altos custos.

As técnicas de reprodução assistida podem ser classificadas, de acordo com a autora Francieli Pisetta, quanto ao local de fecundação e quanto à origem dos gametas⁴.

O primeiro grupo se subdivide em *in vivo* – que acontece no interior do organismo da mulher- ou *in vitro*, quando a fecundação se dá fora do corpo feminino, ou seja, em laboratório. Além disso, podem ocorrer de duas formas: homóloga – hipótese em que os gametas sejam do casal, casado ou convivente, ou heteróloga – ocasião em que o material genético usado for de doador, segundo entendimento de Carlos Maluf e Adriana Maluf⁵.

Dentre as diversas técnicas de RHA oferecidas pela ciência, destacam-se a inseminação artificial, fertilização *in vitro*, transferência intratubária de gametas, transferência peritoneal de gametas, transferência intratubária de zigoto, injeção intracitoplasmática de espermatozoide e gestação por substituição, sendo essa última o cerne do presente trabalho.

A maternidade de substituição – em inglês, *surrogacy* -, conhecida também pelos termos gestação por substituição, maternidade por sub-rogação, cessão temporária de útero, “barriga de aluguel”, “mãe hospedeira”, “mãe de aluguel”, entre outras, é uma técnica segundo a qual a mulher que gesta a criança não será quem desempenhará, com efeito, a maternidade, já que, em tese, logo após o nascimento, deve entregar o bebê àquela que a exercerá. Portanto, teoricamente, é possível que coexistam até três mães: a doadora do óvulo, em casos de infertilidade, a que gesta o embrião; a que exerce a maternidade.

Nesse sentido, a maternidade de substituição pode envolver: a família que receberá o bebê, exercendo o projeto parental; a mãe gestacional; o doador ou doadora do gameta, na

³PETRACCO, Alvaro; BADALOTTI, Mariangela; ARENDT, Adriana Cristine. Bioética e Reprodução Assistida. In: LEITE, Eduardo Oliveira (Org.). *Grandes Temas da Atualidade: Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1-16.

⁴PISETTA, Francieli. *Reprodução Assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 13.

⁵MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 539-540.



hipótese de o material genético não ser da gestante. Consequentemente, enquanto a paternidade pode ser biológica e jurídica, a maternidade também poderá ser gestacional⁶.

A despeito de ser amplamente desenvolvida, consiste em técnica ainda pouco adotada no Brasil, sendo como método alternativo e restrita a poucas possibilidades, ao passo que em outros países, ela é mais incentivada, tendo regulamentação médica e legal.

No Brasil, entretanto, constata-se, na doutrina, controvérsia acerca da validade da maternidade por substituição. Por um lado, Maria Berenice Dias⁷, apesar de ponderar que a Resolução do Conselho Federal de Medicina admite a técnica desde que sem fins lucrativos, argumenta que:

[...] é vedada constitucionalmente a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância (CF 199 § 4º). Também é proibido gestar o filho alheio, mediante pagamento. A gestação por substituição seria um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a ‘mãe de aluguel’ obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho. Como uma criança não pode ser objeto do contrato, a avença seria nula, por ilicitude de seu objeto (CC 104 II). Também se poderia ver configurado ilícito penal, que pune dar parto alheio como próprio e registrar como seu filho de outrem (CP 242).

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, apresentando argumentos contrários à técnica, sustenta que “no Brasil, contudo, no estágio atual dos valores culturais, religiosos e morais relativamente à maior parte da sociedade, não se mostra possível conceber a ilicitude da prática de maternidade-de-substituição, (...), mesmo na modalidade gratuita”⁸.

No ordenamento pátrio, com efeito, não há norma de ordem constitucional ou legal que autorize expressamente ou vede a prática da maternidade por substituição. No entanto, observam-se Resoluções do Conselho Federal de Medicina, que regulamentam o tema. Embora existam questionamentos se elas convivem ou se sobrepõem a normas legais e constitucionais, notam-se que os profissionais por uma questão de conduta ética, seguem os dispositivos dessas Resoluções. Portanto, verifica-se que elas possuem larga força normativa se, por óbvio, compatíveis com o ordenamento pátrio.

A respeito dessas Resoluções, a propósito, o autor⁹ supramencionado pontua:

Como a Resolução não tem condão de contrariar normas jurídicas hierarquicamente superiores – os princípios constitucionais que, como se sabe, têm força cogente –

⁶PALHARES, Alexandra Menescal Tupper. *Maternidade de substituição: desafios e inovações necessárias*. 2016. 66 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

⁷DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 399.

⁸GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 862.

⁹*Ibid.*, p. 855.

logicamente que não há como reconhecer a legitimidade e licitude de tal prática no direito brasileiro. A própria Constituição Federal, ao se referir à licença da gestante, à proteção à maternidade e à gestante no campo dos direitos sociais, deixa evidenciada a impossibilidade de se dissociar maternidade e gestação, levando à concretização da dignidade da pessoa humana na área de reprodução humana no sentido de veda a dissociação que a maternidade-de-substituição pressupõe.

A primeira Resolução, de nº 1.358/1992¹⁰, seguida pela Resolução nº 1.957/2010¹¹, trouxeram alguns requisitos para a implementação da técnica: existência de algum problema impeditivo ou contra indicativo à gestação; as pessoas envolvidas na gestação por substituição devem ser parentes em até 2º grau; ausência de interesse lucrativo ou comercial.

Na sequência, Resolução nº 2013 de 2013 do CFM¹² alargou a possibilidade de a doadora do útero alheio ser até quarto grau; ademais, não há previsão ao limite de idade de 50 anos para a doadora temporária do útero.

A Resolução nº 2.121 de 2015 do CFM¹³, por sua vez, determina que o procedimento seja realizado em apenas duas circunstâncias: diante de um problema médico que impeça ou contraindique a gravidez e nas hipóteses de união homoafetiva.

Atualmente, vigora a Resolução nº 2.168/2017¹⁴, a qual estabeleceu idade máxima para candidatas à gestação por técnicas de RA, qual seja de 50 anos, podendo haver exceções desde que fundamentadas pelo médico.

Ademais, estabeleceu que a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em até 4º grau; a cessão não pode ter viés lucrativo ou comercial; as clínicas devem apresentar termo de consentimento assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, tratando de aspectos biopsicossociais e riscos da gravidez, bem como os aspectos legais da filiação e relatório emocional de todos os envolvidos. Exige-se também termo de compromisso estabelecendo sobre filiação, além de compromisso tratamento com equipe médica e multidisciplinar até o puerpério. Fixa-se também, segundo essa Resolução, sobre o compromisso e necessidade de aprovação do cônjuge ou companheiro, por escrito da gestante.

¹⁰BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.358*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm> Acesso em: 21 out. 2019

¹¹BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.957*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm> Acesso em: 21 out. 2019

¹²BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2.013*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 21 out. 2019

¹³BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2.121*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf> Acesso em: 21 out. 2019

¹⁴BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2.168*. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 21 out. 2019

2. OS ENTRAVES JURÍDICOS NA CELEBRAÇÃO DE UM CONTRATO NAS SITUAÇÕES DE MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

Estabeleceu a Resolução nº 2.168/2017 do CFM, Seção VII, item 3¹⁵, que as clínicas de reprodução assistida, para a gestação por substituição, mantivessem termo de consentimento livre, em que contemplassem aspectos legais da filiação entre os pacientes e a cedente temporária de útero.

Tal previsão representou uma novidade em relação às Resoluções anteriores sobre o tema, o que denota maior preocupação com as consequências jurídicas da gestação por substituição no cenário atual.

Como já ponderado, inexistente no ordenamento brasileiro norma de natureza constitucional que autorize ou vede de forma expressa a essa forma de reprodução assistida, encarregando-se o Conselho Federal de Medicina traçar regulamentações sobre o tema.

A respeito da validade dessa espécie normativa, cabe salientar que, por ser emitida por uma autarquia federal, qual seja o CFM, que exerce atividade iminentemente política, tem como uma das funções a fiscalização do exercício profissional, razão pela qual pode fixar normas regulamentadoras. No caso da Resolução apresentada, o Conselho preocupou-se em adotar normas de conteúdo ético, frisando, no seu item 1^o¹⁶, que se trata de dispositivos deontológicos, os quais devem ser seguidos pela comunidade médica.

Ocorre que a mera assinatura de um termo de compromisso não afasta de forma peremptória todas as possíveis questões jurídicas que decorrem da gestação por substituição. Diante disso, observam-se, na doutrina, autores que defendem a celebração de um contrato de cessão de útero.

A exemplo disso, cita-se Marcelo Truzzi Otero¹⁷, que sustenta:

[...] O contrato gestacional, enquanto ato de realização da personalidade dos titulares do projeto parental, é válido e eficaz, se celebrado por pessoas capazes que demonstrem legítimo interesse. Se oneroso, encontrará seus limites na dignidade dos envolvidos, com olhos especiais para a dignidade da criança, observando que, na ponderação de interesses de idêntica grandeza, os da criança desfruta de primazia.

¹⁵Ibid.

¹⁶Ibid.

¹⁷OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da Barriga de Aluguel Gratuita e Onerosa: Legalidade, Efeitos e o Melhor Interesse da Criança*. < http://pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf > Acesso em: 21 out. 2019.

Entretanto, a temática encontra divergência, tendo em vista que também são verificados autores que se manifestem pelo desestímulo à prática dos contratos de gestação. Nesse sentido, imperioso destacar a posição de Heloísa Helena Barboza¹⁸, a qual considera ineficaz o contrato de gestação por substituição uma vez que o estado de filiação implica na existência de direitos indisponíveis, o que significa não é possível a negociação, sobretudo aquela onerosa. Além disso, a posição da autora encontra amparo no artigo 199, § 4º da Constituição Federal¹⁹, segundo o qual é vedado qualquer comercialização do corpo humano.

Nessa seara, inclusive, encontra-se a posição de Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf²⁰, que, ao se posicionar de forma contrária ao contrato em virtude do seu caráter ético, considerando predatório o ato de coisificar um ser humano, enfatiza:

Discute-se ainda acerca da validade dos contratos de gestação, considerando-se tratar-se de compra e venda de menor; possibilidade de gerar um consentimento viciado por parte da gestante baseado na ganância; tratar-se de procedimento ilegal o contrato oneroso de gestação substituta. Para os adeptos da validade desses contratos, aponta que entendem tratar-se de contratação de um serviço pessoal; não ser possível aferir-se até que ponto o consentimento é isento de vícios, além de considerar-se o contrato de gestação uma modalidade autônoma de contrato sem correlação com outras formas definidas, como os transplantes.

Ademais, essa autora, acompanhada de Carlos Alberto Dabus Maluf²¹, contempla quanto à necessidade de um consentimento informado dos envolvidos, seja da mulher que irá fornecer o óvulo, seja do seu marido, bem como da mulher que receberá o material genético, apontando que se torna inviável um pedido de impugnação posterior da paternidade em virtude da lei.

Cumprido ressaltar a convergência dos autores pela gratuidade do ato, em consonância com o já previsto pela Resolução do CFM. Por tal razão, autores como Flávio Tartuce²², defendem que se trata, com efeito, de um comodato de barriga (empréstimo), já que não se admite a contraprestação do negócio.

Imperioso reforçar que a prática da gestação por substituição é admitida, em regra, tão-somente no âmbito familiar uma vez que se limita que a cedente do útero seja parente de até 4º grau²³ de um daqueles a quem a criança, em tese, será entregue. Desse modo, restringe-se à mãe, à avó, à irmã, à prima, podendo-se admitir também os parentes por afinidade, quais seja

¹⁸BARBOZA apud GAMA, op. cit., p. 859.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 223/224.

²¹Idem, op. cit., 2016, p. 552.

²²TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1422.

²³BRASIL, op. cit., nota 15.



sogra e cunhada. No entanto, permite a Resolução que essa regra seja excepcionada, oportunidade em que o caso concreto será analisado pelo CFM.

A celebração de um contrato, ou tão somente a assinatura do termo de compromisso, conferiria à situação segurança jurídica, principalmente, à família que anseia pelo recebimento do bebê ao nascer. Essa postura prestigia o corolário da boa-fé que permeia todas as relações de direito provado, seja a boa-fé objetiva, que se constitui em um dever de agir de acordo com os padrões de correção, fidelidade e lealdade socialmente recomendados, seja a boa-fé subjetiva, a qual se refere a dados internos, psicológicos, contrapondo-se à má-fé.

Entretanto, além de inviável diante do disposto no artigo 199, § 4º da Constituição Federal, não levam em consideração o afeto que a mulher desenvolve no curso da gestação, corroborado pelas mudanças biológicas e naturais do seu organismo. Dito de outro modo, as disposições contratuais e do termo de compromisso não consideram o Direito de amar, que, sendo expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, constitui direito fundamental, tendo natureza personalíssima, motivo pelo qual não caberia ser transacionado.

3. A MULTIPARENTALIDADE COMO HARMONIZADOR ENTRE OS DIREITOS DA MÃE DOADORA E DA MÃE BIOLÓGICA

Sabe-se que, para a realização da gestação por substituição, determina a Resolução nº 2.168/2017 do CFM²⁴ que a mulher cedente do útero guarde relação de parentesco com o casal que receberá a criança para exercício do poder familiar. Ademais, admite a referida Resolução²⁵ que haja exceções, as quais deverão ser analisadas pelo Conselho.

Ao estabelecer que a gestação por substituição ocorra entre pessoas do mesmo ambiente familiar e de forma gratuita, a Resolução²⁶ visa manter o altruísmo do ato. Ocorre que, assim como qualquer outra espécie normativa, está passível de violação, uma vez que a mulher, sensibilizada pelas alterações orgânicas e hormonais decorrentes da gravidez, pode decidir não entregar a criança à família que a aguarda.

Desse modo, surge um conflito de interesses: por um lado, os direitos da gestante – mãe doadora – consubstanciados no direito ao próprio corpo, na afetividade desenvolvida no curso da gestação e no fato de ser viabilizadora do planejamento familiar do casal que confiou

²⁴BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁵Ibid.

²⁶Ibid.

a ela o projeto parental. Por outro, os direitos do casal, mas, especialmente, da mãe biológica, quais sejam a boa-fé, o afeto e o planejamento familiar.

A fim de evitar que isso aconteça, exige-se que a cedente do útero assine um termo em que se compromete a transferir o bebê para os supostos pais. No entanto, conforme restou exposto no capítulo anterior, esse termo – contrato ou acordo ou qualquer outra denominação para esse ato jurídico –, se interpretados como inconstitucionais, são eivados de nulidade e, dessa forma, não haverá como executá-lo.

Neste presente trabalho, não se pretende analisar os aspectos criminais ou administrativos decorrentes da questão, mas verificar, sob a ótica dos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da afetividade, uma provável solução que busque harmonizar os supostos direitos à criança, seja da mãe biológica, seja da mãe gestante com os direitos da criança em nascer, crescer e se desenvolver em ambiente saudável, garantindo-lhe condições para a adequada formação do ser humano, evitando-se, ao máximo, que ela seja, desde recém-nascida objeto de litígios em processo judicial.

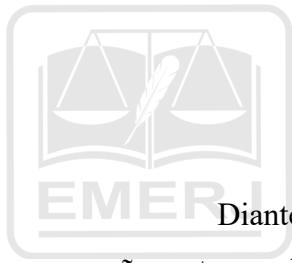
Nesse sentido, a propósito, leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama:²⁷

[...] logicamente, que a criança não poderá ser considerada espúria e, conseqüentemente, deve ter resguardados 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 sobre o tema.

Na hipótese de negativa da gestante em entregar o criança, faz surgir o questionamento acerca de quem seria a mãe: a mulher cedente do útero – gestante – ou a mulher que doou seu material genético?

Primeiramente, é importante salientar que, entre as diversas situações das quais a gestação por substituição pode se originar, duas são bastante ilustrativas: a) o material genético – óvulo e espermatozoide – pertencente ao casal que receberá a criança, implementando-o no corpo de outra mulher a qual, em princípio, será apenas a cedente do útero para a gestação; b) óvulo pertencente à própria gestante, sendo doado tão somente o gameta masculino (espermatozoide). Sendo assim, na primeira situação, conclui-se que a mulher que gesta é mãe doadora, conhecida como gestatrix, enquanto, na segunda, a mulher é a mãe biológica, chamada de genatrix.

²⁷ GAMA, op. cit., p. 862.



Diante disso, Ivan de Oliveira Silva²⁸ sustenta que, no primeiro caso acima descrito, não pertencendo o material genético à gestante, a criança deve ser entregue à família biológica, sendo, inclusive, possível procedimento jurídico para sua busca e apreensão. Já para o segundo, esse autor defende que, uma vez que o material genético pertença à mulher cedente do útero, o bebê poderá ficar com ela, desde que, por óbvio, tenha condições para sustento da criança.

O conflito, de certa forma, poderia ser resolvido em favor daquela que, em princípio, tinha a intenção de ser mãe, requerendo a uma pessoa estranha a relação do casal, que “emprestasse” o útero. Em contrapartida, poder-se-ia entender que mãe é aquela que dá à luz, considerando, assim, que o pacto de gestação antes celebrado, não teria força para transformar a mulher doadora do gameta (óvulo) em mãe.

A propósito, é mister destacar que o ordenamento pátrio, tradicionalmente, entendia que mãe é aquela que gesta; logo, a maternidade seria decorrente da gestação ou do parto, prestigiando-se o princípio *mater semper certa est*²⁹.

Entretanto, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf³⁰ afirma que “a cessão temporária de útero altera as aplicações das presunções de paternidade e maternidade”. Da mesma forma, pondera Maria Berenice Dias³¹:

A possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção *mater semper certa est* que é determinada pela gravidez e pelo parto. Em consequência, também cai por terra a presunção *pater est*, ou seja, que o pai é o marido da mãe. Assim, quem dá à luz não é a mãe biológica, e, como o filho não tem sua carga biológica, poderia ser considerada na classificação legal (CC 1.595), como “mãe civil”. À vista da hipótese cada vez menos rara da maternidade por substituição, o que se pode afirmar é que gestatriz é sempre certa.

Imperioso apontar que, segundo o Enunciado n. 129 do CJF/STJ³², o qual, consoante indica Flávio Tartuce³³, traduz a posição da doutrina majoritária, a mãe é a mulher que disponibilizou o material genético. Ademais, o referido Enunciado³⁴ apresenta uma proposição para incluir no Código Civil um dispositivo:

Art.1.597-A: A maternidade será presumida pela gestação.

²⁸SILVA, Ivan de Oliveira. *Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2008. p. 86.

²⁹Tradução livre: a mãe é sempre certa.

³⁰MALUF, op.cit., 2016, p. 226.

³¹DIAS, op. cit., p. 400.

³²CJF. *Jornadas de Direito Civil I, II, IV e V: Enunciados Aprovados*. 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: 23 set. 2019.

³³TARTUCE, op. cit., p. 1423.

³⁴CJF, op. cit., nota 31.

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.

É relevante apontar que o Conselho Nacional de Justiça, no artigo 17 do seu Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017³⁵ enuncia:

Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão a certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

(...)

§1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informando na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária de útero, esclarecendo a questão da filiação.

(...)

§3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos feitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.

Diante disso, é possível concluir que, à luz do entendimento do CNJ, não haveria vinculação de filiação entre o bebê e a parturiente.

A despeito dessas posições do CJF e do CNJ, verifica-se que, com as transformações da sociedade e evolução do Direito de Família, atualmente, é possível se reconhecer os vínculos de filiação não somente em razão da carga genética, mas, sobretudo, em razão dos laços de afeto construídos, sendo notório o prestígio da socioafetividade e tendo a verdade biológica sido preterida nos procedimentos de reprodução assistida³⁶.

Além disso, cabe destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁷, em sede de repercussão geral, bem como do Superior Tribunal de Justiça³⁸ também consideram a socioafetividade para reconhecimento da filiação. Portanto, não se pode afastar, primitivamente, o reconhecimento da mulher que cede temporariamente seu útero e gesta a criança visto que, ao ver se desenvolver em seu ventre o embrião, ela pode criar com ele vínculo de afeto.

O fundamento jurídico, para tanto, está sedimentado na afetividade, a qual, em que pese não tenha previsão expressa na Constituição da República ou nas leis, pode ser entendido

³⁵BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 63 de 2017*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>> Acesso em: 21 out. 2019.

³⁶MALUF, op. cit., 2016, p. 227.

³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 898060*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2019.

³⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1026981*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271026981%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271026981%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271026981%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271026981%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 23 set. 2019.



como princípio porque orienta o operador do direito a interpretar o ordenamento jurídico, visto que reconhece o afeto como núcleo essencial da formação e manutenção das relações familiares, baseadas em sentimentos e responsabilidades recíprocos³⁹.

Com base nesse fundamento, cabe ressaltar também que o STJ⁴⁰ já entendeu, especificamente, pela possibilidade de incluir a dupla paternidade em registro de nascimento de uma criança que foi concebida por meio de técnica de reprodução assistida heteróloga e com gestação por substituição. Diante disso, esclarece Márcio André Lopes Cavalcante⁴¹:

É possível a inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida heteróloga e com gestação por substituição. A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito “ou outra origem” do art. 1.593 do Código Civil. Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental de preservação do melhor interesse da criança. Vale ressaltar que não se trata de adoção, pois não se pretende o desligamento do vínculo com o pai biológico, que reconheceu a paternidade no registro civil de nascimento da criança.

Ademais, a conforme pacífica jurisprudência, nota-se que o Superior Tribunal de Justiça⁴², em mais de uma oportunidade, tem aplicado o instituto da multiparentalidade, que não encontra ainda previsão legal e segundo o qual, a depender da situação fática, é possível o reconhecimento da filiação socioafetiva concomitante à filiação biológica.

A multiparentalidade é uma expressão da família pluriparental, permitindo-se a vinculação, ao mesmo tempo, de mais de um pai ou mais de uma mãe podendo coexistir laços biológicos ou afetivos, cabendo a cada um deles iguais funções inerentes ao poder familiar, seja no que concerne à reponsabilidade, seja no que concerne aos direitos. Nessa perspectiva, explica Maria Berenice Dias⁴³:

³⁹SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil*. 22a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 66.

⁴⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1608005*. Relator: Ministro Paulo Sanseverino. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1608005&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 23 set. 2019.

⁴¹CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *É possível a inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida heteróloga e com gestação por substituição, não configurando violação ao instituto da adoção unilateral*. Disponível em: <<https://www.buscadordizero direito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0765933456f074d2c75bbbad63af95e6>>. Acesso em: 14 ago 2019.

⁴²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1704972*. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=MULTIPARENTALIDADE&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 23 set. 2019.

⁴³DIAS, Maria Berenice; OPPERMAN, Marta Cauduro. *Multiparentalidade: uma realidade que a Justiça começou a admitir*. Disponível em: <[http://mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\) MULTIPARENTALIDADE_Berenice_e_Marta.pdf](http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075) MULTIPARENTALIDADE_Berenice_e_Marta.pdf)> Acesso em: 21 out. 2017.

Reconhecida a presença da posse de estado de filho com mais de duas pessoas, todos devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar. Não há outra forma de resguardar o seu melhor interesse e assegurar proteção integral. Neste sentido o enunciado nº 9 do IBDFAM: A multiparentalidade gera efeitos jurídicos.

Ainda, com a multiparentalidade, admite-se que conste, no registro de nascimento, o nome de mais de um pai ou mais de uma mãe, não havendo entre eles qualquer diferença, em nome do princípio da isonomia. Desse modo, é válido apontar a multiparentalidade enseja direitos alimentares, sucessórios e previdenciários. Em especial, comporta-se a aplicação do instituto da guarda compartilhada, disposta no artigo 1.584, §2º, do Código Civil⁴⁴. Todavia, caso isso não seja possível, os pais, ainda assim, terão o poder-dever de participar da criação dos filhos.

Assim, diante da sedimentada posição dos Tribunais Superiores, exemplificadas acima, em reconhecer a maternidade e paternidade socioafetivas, sem apartar as biológicas, pode-se concluir pela possibilidade compatibilizar os interesses da gestante e da família disposta a receber a criança, aplicando-se o instituto da multiparentalidade, pois, ainda que a criança tenha tão somente a herança genética do casal e, inicialmente, seja apenas dele o propósito de ter filhos, não se pode afastar o reconhecimento de que, se não fosse pela gestante, aquele projeto parental não se concretizaria, motivo pelo qual seus direitos também devem ser ponderados naquelas circunstâncias.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa científica visou refletir quanto a possibilidade de reconhecer a situação multiparentalidade nos casos de maternidade por substituição, diante da hipótese de a mãe gestora decidir, após parto, não entregar o bebê à família que o ansiava para exercer o projeto parental.

A controvérsia se materializou por meio do suposto conflito de direitos: por um ângulo, os direitos da mulher que aceita gestar, pautados no direito ao seu corpo, nos vínculos de afeto desenvolvidos no curso da gravidez e no fato de ser a viabilizadora do projeto parental alheio. Em contrapartida, há os direitos do casal, quais sejam a boa-fé, o afeto e o planejamento familiar.

Resta evidenciado que não há, dentre as leis brasileiras ou Constituição Federal, autorização expressa para a prática da maternidade; no entanto, não há também qualquer

⁴⁴BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm > Acesso em: 21 out. 2017.



vedação. Assim, diante da ausência de previsão do constituinte ou do legislador, verifica-se tão-somente Resoluções do Conselho Federal de Medicina sobre o tema.

Entretanto, analisou-se a validade dessa espécie normativa, concluindo-se que sua preocupação está centrada, em sua maior parte, no compromisso da ética médica. Nesse sentido, a vigente Resolução sobre a maternidade de substituição, apresenta um rol de exigência, dentre os quais a assinatura de um termo de compromisso, segundo o qual a gestante, com o nascer do bebê, deveria entregá-lo a outra família, que pretende exercer o poder familiar.

Com isso, estudou-se quanto a validade desse termo que, uma vez que gera obrigações para todos os assinantes, pode ser interpretado como um contrato bilateral ou plurilateral. Em que pese o razoável argumento segundo o qual o referido termo conferiria segurança jurídica à situação, muito se entende pela sua invalidade uma vez que ele versa sobre direitos indisponíveis. Ademais, ele não considera a afetividade, princípio norteador do Direito das Famílias, que pode surgir entre a gestante e o bebê em decorrência de todas as transformações orgânicas que ocorrem no corpo da mulher.

A pesquisa também demonstrou que, em decorrência deste princípio, as tendências doutrinárias e de jurisprudência dos tribunais superiores é pelo reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva. Desse modo, é possível a filiação sem que haja vínculo consanguíneo; da mesma forma, há a possibilidade de se reconhecer simultaneamente mais de um pai e/ou mais de uma mãe, seja pelos laços de sangue, seja pelos de afeto, constituindo-se a multiparentalidade.

Portanto, o embate entre a gestante e a outra família pode ser resolvido por tal instituto jurídico. Assim, prestigia-se tanto a expectativa da realização do projeto do casal em ter filhos, expressão do princípio do poder familiar constitucionalmente garantido como direito, bem como valoriza-se o sentimento de maternidade daquela que, a princípio, seria apenas a gestante, pois o afeto igualmente constitui valor jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 out. 2019.

_____. *Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.358*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm> Acesso em: 21 out. 2019.

_____. *Conselho Federal de Medicina. Resolução n° 1.957.* Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm> Acesso em: 21 out. 2019.

_____. *Conselho Federal de Medicina. Resolução n° 2.013.* Disponível em: <www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 21 out. 2019.

_____. *Conselho Federal de Medicina. Resolução n° 2.121.* Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf> Acesso em: 21 out. 2019.

_____. *Conselho Federal de Medicina. Resolução n° 2.168.* Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 21 out. 2019.

_____. *Conselho Nacional de Justiça. Provimento n° 63 de 2017.* Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>> Acesso em: 21 out. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2019.

_____. *Supremo Tribunal Federal. RE n° 898060.* Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2019.

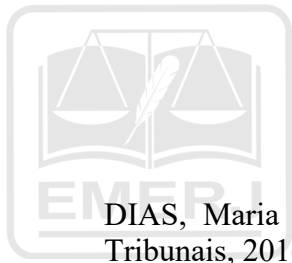
_____. *Superior Tribunal de Justiça. REsp n° 1026981.* Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/S CON/j urisprudencia/toc.jsp? i=1 &b=A COR &livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271026981%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271026981%27.suce.\)\)&thesaurus= JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/S CON/j urisprudencia/toc.jsp? i=1 &b=A COR &livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271026981%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271026981%27.suce.))&thesaurus= JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. REsp n° 1608005.* Relator: Ministro Paulo Sanseverino. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?Livre=1608005&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. REsp n° 1704972.* Relator: Ministro Ricardo Villas Boas. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudência/toc.jsp?livre=MULTIPARENTALIDADE & b = ACOR & thesaurus = JURIDICO&p = true>>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *Conselho Federal de Justiça. Jornadas de Direito Civil I, II, IV e V: Enunciados Aprovados.* 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: 23 set. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *É possível a inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida heteróloga e com gestação por substituição, não configurando violação ao instituto da adoção unilateral.* Disponível em: <[https:// www.buscadordizerodireito.com.br /jurisprudencia/ detalhes/ 0765933456f074d2c75bbbad63af95e6](https://www.buscadordizerodireito.com.br /jurisprudencia/ detalhes/ 0765933456f074d2c75bbbad63af95e6)>. Acesso em: 14 ago. 2019.



DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. 9. ed. 2014. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro. 2003. Tese de doutorado – UERJ.

MALUF, Carlos Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PALHARES, Alexandra Menescal Tupper. *Maternidade de substituição: desafios e inovações necessárias*. 2016. 66 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

PETRACCO, Alvaro; BADALOTTI, Mariangela; ARENDT, Adriana Cristine. *Bioética e Reprodução Assistida*. In: LEITE, Eduardo Oliveira (Org.). *Grandes Temas da Atualidade: Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PISETTA, Francieli. *Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2014.

OTERO, Marcelo Truzzi. *Contratação da Barriga de Aluguel Gratuita e Onerosa: Legalidade, Efeitos e o Melhor Interesse da Criança*. Disponível em: <[http:// pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf](http://pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/microsoft_word_contratosgestacionais_27_01_2010.pdf)>. Acesso em: 09 out. 2019.

SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, Ivan de Oliveira. *Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro*. São Paulo: Pillares, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO NO CASO DE DISSOLUÇÃO CONJUGAL

Neidiane Lima dos Santos de Oliveira

Graduada pela Faculdade de Direito no Rio de Janeiro pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas.

Resumo - O presente estudo busca discutir a temática da afetividade dos animais como parte integrante da família, tendo em vista que atualmente, os animais de estimação são as verdadeiras companhias das pessoas, e, por isso são amados e bem cuidados. Entretanto, com a dissolução do pacto familiar, muito se tem discutido acerca da guarda compartilhada sobre eles, o que vem sendo objeto de litígios. Busca também a possibilidade de utilização, por analogia, do instituto guarda compartilhada nos litígios que envolve animais de estimação.

Palavras-chave - Direito Civil. Direito das Famílias. Guarda Compartilhada.

Sumário - Introdução. 1. A natureza jurídica dos animais sob a ótica do ordenamento jurídico: questões controvertidas. 2. A possibilidade do animal de estimação ser considerado como membro da entidade familiar. 3. A possibilidade de utilização do instituto, guarda compartilhada, em ação judicial que envolva animais de estimação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica objetiva discutir a possibilidade de “guarda” compartilhada de animais em razão da importância que se mostra o animal de estimação na sociedade contemporânea. Procura-se demonstrar que em razão do afeto que a família proporciona a eles, faz com que sejam tratados como membros da entidade familiar.

Para tanto, serão abordadas posições doutrinárias, legais e jurisprudenciais sobre o tema, de modo a discutir como poderá ser resolvido caso haja a dissolução da entidade familiar, uma vez que os donos de animais de estimação querem obter a guarda destes.

Trata-se de um assunto que tem crescido de tal maneira, que chegou aos tribunais em virtude da litigiosidade entre os componentes da família. Em razão disso, é necessário refletir sobre os aspectos da afetividade, dignidade da pessoa dos donos e o que será melhor para estes e os animais.

O primeiro capítulo do trabalho inicia-se com a discussão sobre a natureza jurídica do animal, uma vez que se trata de questão controvertida. Também discute-se se há a necessidade de norma específica para regulamentar o tema.

No segundo capítulo, reflete-se se os animais de estimação podem ser considerados

como membros da entidade familiar, tendo em vista o tratamento e a afetividade que os componentes desse grupo proporcionam a eles.

O terceiro capítulo da pesquisa traz uma reflexão: a possível utilização da guarda compartilhada de animais de estimação por meio de ação judicial a fim de pacificar a disputa entre os seus donos.

Essa pesquisa terá como metodologia o método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador objetiva selecionar um grupo de proposições hipotéticas, a qual se acredita serem possíveis e adequadas para a análise de seu objeto, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para isso, será realizada pesquisa básica, qualitativa, de caráter exploratório, baseada, essencialmente, na leitura da bibliografia relevante sobre o tema, sob a forma de artigos, capítulos de livros, e livros, material publicado na imprensa, legislações e jurisprudências analisadas e fichada na fase exploratória da pesquisa, e que possibilite a sustentação da tese.

1. A NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO: QUESTÕES CONTROVERTIDAS

É consenso que, atualmente, com o crescimento da convivência de animais em ambiente familiar, muito se tem debatido acerca do tratamento que o ordenamento jurídico dispensa aos animais em razão dos diversos conflitos entre seus donos.

No ordenamento jurídico existem entendimentos controvertidos sobre a natureza jurídica do animal: animais tratados como “coisas”; possibilidades de serem sujeitos de direitos e de natureza *sui generis* sobre os quais se passa a mencionar.

O Código Civil de 2002¹ atribuiu aos animais à natureza jurídica de bens móveis, ou seja, aqueles que suscetíveis de movimento próprio, conforme artigo 82, *caput* do referido diploma civil. Sendo que esse entendimento já existia desde o Código Civil editado em 1916², quando vigorava majoritariamente a importância do patrimônio em detrimento de pessoas.

Esse entendimento atribui aos animais à concepção de que são objetos que podem ser utilizados como manifestação de riquezas, pela possibilidade de serem alienados, dados em garantia, como por exemplo, penhor pecuário, previsto no artigo 1.444 do Código Civil, bem

¹BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei10406.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

²BRASIL. *Lei nº 3.071*, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

como pode fazer parte de discussões em ações judiciais redibitórias, artigo 445, §2º do mesmo diploma civil mencionado.

Doutrinadores como, Cristiano Chaves de Farias³, considera os animais sob a ótica jurídica como semoventes, ou seja, são bens constituídos por animais domesticáveis ou domésticos passíveis de direitos reais. Sob essa visão, é importante mencionar que a lei processual civil prevê, na fase de execução, a possibilidade de penhora de semoventes para o pagamento de débito em face do devedor, artigo 835, VII⁴. Isso comprova que os animais ainda são considerados como “coisas” e quem a possui tem a sua posse e não “guarda.”

A visão civilista prevista no código de 1916 evoluiu quando da promulgação da Constituição Federal de 1988 que preceitua no artigo 225⁵ determina que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e por isso, impõe a sociedade o dever, inclusive do poder público, de preservá-lo e defendê-lo para as presentes e futuras gerações. O objetivo do legislador foi de promover a dignidade do ser humano e tal interpretação deve ser estendida aos animais que passou a ter importância para o meio ambiente, e esse, não é só natural, mas familiar também.

Verifica-se que em razão da proteção constitucional, há a possibilidade de os animais serem detentores de direitos, e por isso podem ser considerados como sujeito de direitos na ordem jurídica. Isso se extrai da preocupação de proteção dos animais em razão da preservação do meio ambiente, bem como por meio das leis infraconstitucionais que os protegem.

Sobre isso, Dias⁶ destaca que:

O fato de o homem ser juridicamente capaz de assumir deveres em contraposição a seus direitos, e inclusive de possuir deveres em relação aos animais, não pode servir de argumento para negar que os animais possam ser sujeitos de direito. É justamente o fato dos animais serem objeto de nossos deveres que os fazem sujeitos de direito, que devem ser tutelados pelos homens. Podemos concluir que os animais são sujeitos de direitos e que seus direitos são deveres de todos os homens.

³FARIAS, Cristiano Chaves de. *Manual de Direito Civil*. Direito das famílias. Salvador: Jus Podivm, 2017, p.1649.

⁴BRASIL. *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: 06 abr. 2019.

⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁶DIAS, Edna Cardozo. *Os animais como sujeitos de direito*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7667/os-animais-como-sujeitos-de-direito.html>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

Pode-se concluir que em razão da existência do amparo protetor no ordenamento jurídico, como previsto na Constituição Federal de 1988, isso quer dizer que essa proteção recai sobre sujeitos de direitos, qual sejam, os seres humanos e os não humanos.

A preservação dos animais engloba a vida, afeto, alimentação, bem como a harmonia de convivência no meio social de modo que qualquer pessoa que queira obter pra si um animal para sua companhia, deve tratá-lo da melhor forma possível e não como se fosse somente um objeto que pode ser descartado a qualquer momento.

Considerar o animal como sujeito de direitos é respeitar a sua existência, atribuí-lhes proteção dos riscos provocados pelo próprio ser humano.

Nesse entendimento considera-se que o animal é um ser irracional, mas que possui sensibilidades, tanto que, ao conviver no seio familiar ele adquire sentimentos pelas pessoas que compõe esse ambiente. Sabe exatamente distinguir individualmente seus donos e isso lhe atribui à condição de ser sujeito de direitos.

O terceiro entendimento, Bruna Gasparine Sampaio⁷ defende que os animais possuem a natureza jurídica *sui generis*, ou seja, de gênero próprio. São seres despersonalizados que podem estar sob o manto da tutela jurisdicional em caso de violações aos seus direitos.

Considera-se que os animais são seres sencientes, ou seja, os que possuem sentimentos em razão da sua natureza biológica e emocional, e sendo assim, podem ser sujeitos de direitos.

Os animais possuem sensibilidade afetiva nas suas relações entre eles e o ser humano, tanto que são capazes de expressar vontades próprias e até gestos de carinho para com os seus donos, em especificamente.

Por isso, a referida autora tem a concepção de que os animais, por ser juridicamente protegido, o direito civil brasileiro precisam avançar desse ponto devendo deixar de considerar os animais como meros objetos e conferir-lhes a titularidade de direitos fundamentais a fim de possibilitar a defesa deles sob vários aspectos jurídicos.

Isso porque se são seres sencientes não há razão para privá-los de direitos que são tutelados constitucionalmente.

⁷SAMPAIO, Bruna. *Um novo direito: a inclusão dos animais como seres sencientes na legislação brasileira*. Periódicos da UFES. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufes.br/ppgdir-semanajuridica/article/viewFile/12725/8822,%20acesso%20em%2006%20de%20abr.2019.html>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

Esse entendimento ganhou força em razão do projeto de lei da Câmara dos Deputados de nº. 27/2018⁸, que dispõe sobre a natureza jurídica dos animais e a vedação de serem tratados como coisas. O que prevalece nesse projeto de lei é que, na verdade, a natureza jurídica é *sui generis*, que são sencientes e, por isso devem ser considerados sujeitos de direitos.

Trata-se de um projeto ainda em andamento que será objeto de muitas discussões jurídicas, antes de ser aprovado, mas para quem defende essa corrente, tal projeto significa um grande avanço para a sociedade contemporânea.

Por meio dos posicionamentos apresentados nota-se a crescente evolução no ordenamento jurídico sobre a questão com o objetivo de atribuir aos animais uma ampla proteção jurídica e social. É notório que não se sustenta mais, em absoluto, que os animais são somente propriedade de seus donos, como a visão prevista no Código Civil vigente prevê.

Verifica-se que com a evolução da sociedade, o Magistrado ao deparar-se com questões que envolvam animais, deve buscar fundamento em todo o ordenamento jurídico, devendo observar o princípio da juridicidade em que o fundamento de sua decisão seja pautado não só nas leis e tratados internacionais, mas também na constituição Federal e em toda fonte normativa existente.

O magistrado, em nome da pacificação dos conflitos, mesmo que não haja uma legislação específica sobre o caso, deve valer-se dos princípios gerais do direito e do princípio exposto acima. Isso se faz necessário para que a justiça cumpra o seu papel de julgar com equidade e retidão.

Logo, o entendimento previsto no código civil não deve prevalecer quando se trata de guarda compartilhada de animais de estimação, uma vez que não podem ser considerados como apenas “coisas”, mas como seres sencientes sujeitos de direitos pelo ordenamento jurídico e por isso devem ser tutelados.

⁸BRASIL. *Projeto de Lei nº 27, de 2018*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167.html>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

2. A POSSIBILIDADE DE O ANIMAL DE ESTIMAÇÃO SER CONSIDERADO COMO MEMBRO DA ENTIDADE FAMILIAR

O elemento estrutural da família contemporânea é o afeto. João Batista Villela⁹ sumariza que as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, muito complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamente, transigência, enfim, tudo aquilo que de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. E finaliza arrematando a teoria e a prática das instituições de família depende, em última análise, da competência em dar e receber amor.

O afeto é o laço que envolve pessoas que se propõem a dividir, dentre outros, um ambiente residencial, obrigações, costumes, alimentação, lazer etc. Aquele que não ama não consegue ter uma vida comum com outra pessoa. Existem pessoas que não possuem afeto suficiente para coabitar em ambiente familiar com outras, mas amam incondicionalmente um animal e dão a ele todo o cuidado e atenção como se fosse verdadeiramente um filho, irmão, pai, mãe, enteado ou pessoa, que não seja parente consanguíneo, mas que é considerada como se fosse.

Apesar disso, a afetividade, por possuir um caráter de espontaneidade, não é provida de exigibilidade jurídica, mas que para o direito das famílias trata-se de um aspecto muito importante para solução de variados conflitos de interesse estabelecido nas relações familiares.

Com base na afetividade, o conceito de família não é mais aquele restrito à união entre homem e mulher e filhos. A constituição Federal inovou na ordem jurídica com as previsões contidas nos artigos: 226 e 227, nos quais apresentam um sistema jurídico das famílias fundado na igualdade e solidariedade das garantias fundamentais.

A constituição prevê um rol de famílias, tais como: família oriunda do casamento, união estável e monoparental.

Além disso, o STF¹⁰ entendeu que o rol previsto nesse artigo é meramente exemplificativo, uma vez que há outros tipos de famílias reconhecidas pela doutrina e jurisprudência, como por exemplo, a homoafetiva.

⁹VILLELA, João Baptista. As novas relações de família. *In: Teses. XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Foz do Iguaçu, p. 132, 4-8 set. 1994.*

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 4277*. Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872.html>>. Acesso em: 10 out. 2019.

Além disso, no sistema infraconstitucional também há diversos acervos normativos vigentes que corroboram com o conceito de família, como por exemplo¹¹: a Lei nº. 6.515/77 (a chamada Lei do Divórcio, que, especialmente após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, permanece em vigor somente em algumas poucas disposições de ordem processual); a Lei nº 8.560/92 (Lei de Investigação de paternidade, alterada pelas Leis: nº 12.004/09 e nº 12.010/09); a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente, modificado pela Lei Nacional de Adoção); a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso); a Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha, que protege a mulher contra a violência familiar); a Lei nº 12.318/10 que dispõe da alienação parental; Lei nº. 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com deficiência), dentre outras.

No novo conceito de família, o animal de estimação pode ser reconhecido como o verdadeiro integrante da entidade familiar, uma vez que o convívio e a afetividade que envolve esse grupo englobam o animal em obrigações rotineiras, como por exemplo: passeios nos finais de semana, alimentação, higiene, brincadeiras, até mesmo consulta veterinárias.

A funcionalidade da família é promover a dignidade, o bem estar, a felicidade de seus integrantes. Hoje, observa-se que a maioria das famílias possui pelo menos um animal de estimação que divide o ambiente familiar.

Em razão disso, originou-se outra espécie de família, a multiespécie, que é a interação humano animal que, nos últimos anos, tem se verificado que ao menos uma família possui um animal de estimação.

Sabe-se que o animal domesticado no seio familiar envolve-se num apego efetivo tão intenso que a convivência faz com que o próprio animal transmita sinais de entendimento de tudo o que lhe é passado, como por exemplo, quando o seu dono demonstra insatisfação com o seu comportamento, denota tristezas, alegrias, hora da alimentação, dias de passeios, instruções de que não pode urinar ou evacuar em certos locais, em fim, o animal comporta-se de forma um pouco racional.

A relação do animal com a família também envolve o compromisso de proteção, até mesmo o próprio animal sente que deve proteger o seu dono de pessoas desconhecidas, de outros animais etc.

O animal de estimação demonstra uma importância especial para certos membros de uma família, como por exemplo, uma pessoa idosa, crianças, pessoas com certo tipo de deficiência, pessoas que possuem um quando depressivo intenso, dentre outros. A relação

¹¹FARIAS, Cristiano Chaves de. *Manual de Direito Civil*. Direito das famílias. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 1649.



com essas pessoas pode trazer muitos benefícios, em especial o emocional, pois o afeto que o animal demonstra-lhes pode até mesmo suprir o sentimento de solidão.

Atualmente, existem pessoas que preferem adotar um animal a ter filhos

Em razão disso, faz-se necessária a existência de lei específica para regulamentar direito e obrigações que os donos precisam ter para que o animal que esteja em seu convívio tenha dignidade e respeito. Deve-se ser observado que a afetividade já é um requisito primordial para que os animais possam ter proteção legislativa.

Pelas razões expostas, entende-se que os animais de estimação podem ser sim, considerados como um verdadeiro membro da entidade familiar e por isso devem ser respeitados, amados e bem cuidados.

3. A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA, EM AÇÃO JUDICIAL QUE ENVOLVA ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

No direito das famílias, o instituto de guarda refere-se aos filhos menores de 18 anos. Isso significa o poder-dever dos pais de terem os filhos em sua companhia para educá-los, criá-los de modo a prepará-los para o mundo.

Os pais possuem a guarda natural dos filhos, sendo que nas hipóteses de rompimento dos laços matrimoniais e de coabitação estabelece-se, em caso de litígio, a regulamentação judicial de convivência por meio da guarda e de visitação. Sendo a guarda estabelecida apenas para identificar quem dos pais ficará com os filhos em sua companhia direta, uma vez que mesmo diante da separação do casal, a autoridade, as obrigações com os filhos permanecem intacta de forma que as decisões quanto a eles devem ser tomadas em conjunto.

Sendo assim, havendo litígio quanto às decisões a serem tomadas sobre os filhos, pode ser requerido o suprimento judicial para dirimir as controvérsias.

O instituto da guarda serve para harmonizar os conflitos existentes entre o casal ou os entre aqueles que coabitam no mesmo lar com laços de parentesco ou não. Está prevista no artigo 1.583 §2º do Código Civil brasileiro: A guarda será unilateral ou compartilhada. (...) § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.¹² Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será

¹²BRASIL, op. cit., nota 01.

aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

Nota-se que com a redação prevista no código civil, o legislador deu preferência à guarda compartilhada para que os filhos não perdessem o convívio com nenhuma dos pais. O STJ¹³ em vários julgados consolidou o entendimento do legislador no que tange a regra da guarda compartilhada. Entretanto, não dispensa a possibilidade do afastamento da referida regra em observação ao princípio do melhor interesse dos filhos, como se verifica no julgado abaixo transcrito:

A instituição da guarda compartilhada de filho não se sujeita à transigência dos genitores ou à existência de naturais desavenças entre cônjuges separados. A guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis nºs 11.698/2008 e 13.058/2014, ressalvadas eventuais peculiaridades do caso concreto aptas a inviabilizar a sua implementação, porquanto às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao seu exercício, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

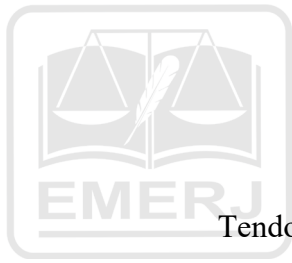
O instituto estudado cresceu de tal forma que chegou ao poder judiciário para dirimir o conflito. Considerando o elevado número de animais de estimação, bem como o seu tratamento como integrante da família, o ordenamento jurídico pátrio proporcionar-lhes tratamento diferenciado e protetor, uma vez que também são destinatários de direitos fundamentais.

As ações, sobre o poder familiar sobre animais de estimação, têm crescido de forma que o Superior Tribunal de Justiça¹⁴ já se pronunciou sobre o assunto no Resp nº 1713167/SP, e nesse recurso, reconheceu a recorrência da discussão no mundo pós-moderno, o que passou a ser considerado um problema social e não mais individual, conforme transcrição abaixo:

[...] Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal.

¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1591161/SE*. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1574874&num_registro=201500489667&data=20170224&formato=PDF>. Acesso em: 14 out. 2019.

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1713167/SP*. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1717000&num_registro=201702398049&data=20181009&formato=PDF>. Acesso em: 14 out. 2019.



Tendo em vista o crescimento de litigiosidade entre casais que se separam do convívio familiar é importante que se passe a ter um olhar mais especial para o animal de estimação, uma vez que os laços de afeto que os envolve faz com que com a separação, cause-lhe sentimento da falta da companhia das pessoas que ele acostumou-se a conviver.

Não se pode ignorar os sentimentos do animal. As obrigações impostas aos pais perante os filhos, após a ruptura do matrimônio deve ser estendida aos animais de estimação, pois eles são considerados como parte integrante da entidade familiar e por isso, merecem ser tratados com dignidade e respeito.

Constata-se que o instituto da guarda compartilhada pode sim ser utilizado para dirimir conflitos familiares para definir com quem ficará o animal de estimação após a separação. Inclusive definir os critérios de visitação, alimentação, etc.

Além disso, é importante que seja regulamentado tal instituto a ser utilizado, especialmente aos casos que envolva animais de estimação. Entretanto, enquanto não se define quando será convertido em lei o projeto de lei de nº. 1365/2015, no qual propõe a regulamentação da guarda de animais de estimação em casos de separação judicial ou divórcio litigioso, deve-se utilizar por analogia a guarda compartilhada disciplinada no código civil.

Sabe-se que, pelo critério da especialização a justiça estadual pode criar varas da família para processar e julgar matérias que envolvem guarda compartilhada, inclusive, os casos em que envolve animais.

Sobre a competência, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou no Agravo de Instrumento¹⁵ de nº. 2052114-52.2018.8.26.0000, que em razão da lacuna legislativa de como resolver os casos judiciais que envolvem disputa de animais de estimação, aplicou os princípios gerais do direito e decidiu que tais casos devem ser processados e julgados na vara de família:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que extinguiu a ação, parcialmente, em relação ao pedido de “posse compartilhada e regime de visitas” de cão de estimação do casal, por entender o MM. Juiz singular que o Juízo da Família e Sucessões não é competente, pois a questão é cível. Competência para julgar o pedido que é do juízo da 3ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central, em que se discute o reconhecimento e dissolução de união estável.

Assim, enquanto a matéria não for regulamentada, os tribunais continuarão a utilizar

¹⁵BRASIL. Tribunal de Justiça/SP. *AG nº 2052114-52.2018.8.26.0000*. Desembargador José Rubens Queiroz Gomes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

vara de família para a tramitação processual e o julgamento das ações litigiosas entre casais cujo objeto seja o animal de estimação.

Na guarda compartilhada que envolve filhos, procura-se atender o melhor interesse da criança, pois não basta que seus genitores apresentem condições materiais, psicológicas para cuidar e educá-la, deve, portanto, observar a existência do campo da afetividade da criação com o seu genitor. Ao utilizar a guarda compartilhada que envolva animais de estimação deve ser observado igualmente, pois também são destinatários de direitos fundamentais. O animal de estimação também sabe informar por qual dos donos ele possui mais afinidade e afetividade.

Na guarda compartilhada de filhos há a possibilidade da utilização de medidas coercitivas quando por exemplo em que um dos pais não efetua a entrega do filho ao outro. Nesse caso, pode o juiz determinar que se realize a busca e apreensão da criança e ainda pode impor o pagamento de multa àquele que descumprir os termos de guarda.

Essa medida, também pode ser aplicada ao dono que se recusar a entregar o animal ao outro dono, inclusive impor a este o pagamento de multa por descumprimento.

Verifica-se com isso que também há possibilidade de um dos donos pleitear alimentos ao outro, pois a guarda não abrange somente o tempo na companhia do animal, mas os meios de sua subsistência.

Nesse sentido, o tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁶ já homologou um acordo conciliatório, no processo de dissolução conjugal consensual, 0005363-41.2019.8.26.0506, no qual ficou acordado que o ex-marido comprometeu-se a pagar, até o óbito de cada animal, o percentual de 10,05% do salário mínimo nacional à época do pagamento as despesas e gastos dos animais (gatos) chamados como: Cristal, Lua e Frajola e o cachorro com o nome de Frederico. O valor de pensionamento seria depositado na conta bancária de titularidade da sua ex-conjuge.

Isso comprova o grande avanço jurídico sobre o tema. Por isso, é importante que seja regulamentado tal instituto a ser utilizado especialmente aos casos que envolvam animais de estimação.

¹⁶DIAS, Marina. *Em separação amigável, as partes firmaram acordo dividindo responsabilidade pelos animais*. Migalhas Quentes. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/309927/ex-marido-pagara-pensao-para-gatos-e-cachorro-apos-fim-do-casamento.html>> Acesso em: 26 fev. 2020.

Por toda a pesquisa realizada para a elaboração do presente trabalho, conclui-se que os animais são sim sujeitos de direitos, que devem ter o respeito de todos, mesmo que ainda não tenha havido regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro.

Não se pode mais considerar que os animais de estimação são coisas, como ainda predomina na ordem civil, pois são sujeitos de direitos, e com isso, são detentores de direitos fundamentais.

O afeto que envolve o animal de estimação e seus donos não deve ser ignorado, pois por meio da afetividade surgem-se novos conceitos de família que deve ser respeitado, uma vez que se trata de mudanças que ocorrem na sociedade corriqueiramente.

As cortes em geral devem adotar mecanismos jurídicos favoráveis ao bem-estar do animal de estimação quando o conflito envolver a discussão sobre a guarda compartilhada. Não se deve ignorar a afetividade nem do animal, nem das pessoas envolvidas na relação conflituosa.

A Constituição Federal tratou de maneira especial o animal, Deve-se ter em mente que é possível manter as relações entre animais e seres humanos como se fosse uma família com sentimentos isonômicos. Existem pessoas que optam por não ter filhos, mas não dispensam ter em sua companhia um animal de estimação, que passa ser tratado se filho fosse.

O princípio do melhor interesse da criança deve ser estendida aos animais, pois eles possuem sentimentos de afetividade para com os seus donos, como se fosse seus pais e necessitam de ter uma vida digna, pois são possuidores de direitos, devendo-se, desta forma, ser tratados com respeito dignidade e podem ser considerados como membro da entidade familiar.

É importante que sejam estabelecidas leis de proteção aos animais envolvidos nos conflitos que envolve a disputa de sua guarda, pois a ausência normativa traz uma certa dificuldade na aplicação de institutos jurídicos de maneira eficiente, bem como ocasiona diversas interpretações que podem beneficiar ou prejudicar o bem-estar do animal de estimação.

Pode-se utilizar por analogia o instituto da guarda compartilhada prevista no legislação civil nos conflitos que envolve animais de estimação, ante a ausência de diploma legislativo próprio sobre a questão, já que esse tipo de litigio já chegou aos tribunais para resolução da melhor forma possível.

REFERÊNCIAS

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

_____. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. *Congresso Nacional. Câmara dos Deputados*. Projeto de Lei nº 1058 de 2011. Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?Idproposicao=498437>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei10406.htm>>. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. *Projeto de Lei nº 27, de 2018*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167.html>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. *Lei nº 3.071*, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. *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: 06 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4277*. Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872.html>>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1591161/SE*. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1574874&num_registro=201500489667&data=20170224&formato=PDF>. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça – *Resp nº 1713167 SP 2017/0239804-9*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 19/06/2018, T4 – QUARTA TURMA Data de Publicação: DJe 09/10/2018. <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=resp+1713167&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. Tribunal de Justiça / SP. *AG nº 2052114-52.2018.8.26.0000*. Desembargador José Rubens Queiroz Gomes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julgada-compartilhada.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIAS, Edna Cardozo. *Os animais como sujeitos de direito*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7667/os-animais-como-sujeitos-de-direito.html>>. Acesso em: 06 abr. 2019.



DIAS, Marina. *Em separação amigável, as partes firmaram acordo dividindo responsabilidade pelos animais.* Migalhas Quentes. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/309927/ex-marido-pagara-pensao-para-gatos-e-cachorro-apos-fim-do-casamento.html>> Acesso em: 26 fev. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Manual de Direito Civil.* Direito das famílias. Salvador: JusPodivm. 2017.

FERNANDES, N. *Quando os donos se separam.* Época, São Paulo, 23 outubro 2010. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,EMI181588-15228,00QUANDO+OS+DONOS+SE+SEPARAM.html>. Acesso em: 11 mar. 2019.

GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro: direito de família.* 9. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

SAMPAIO, Bruna. *Um novo direito: a inclusão dos animais como seres sencientes na legislação brasileira.* Periódicos da UFES. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufes.br/ppgdir-semanajuridica/article/viewFile/12725/8822,%20acesso%20em%2006%20de%20abr.2019.html>>. Acesso em: 06 abr.2019.

SANTOS, Michele. *Guarda compartilhada de animais no divórcio.* Disponível em: <<https://misanches.jusbrasil.com.br/artigos/221509530/guarda-compartilhada-de-animais-no-divorcio>> 2015. Acesso em: 10 mar. 2019.

VILLELA, João Baptista. As novas relações de família. *In: Teses.* XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Foz do Iguaçu, p. 132, 4-8 set. 1994.

DA PREVENÇÃO À PROTEÇÃO: A EFICÁCIA DAS MEDIDAS AO COMBATE DO FEMINICÍDIO NO BRASIL

Pâmella Rodrigues Baptista Alonso

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Advogada. Pós-graduada em Gestão e Direito Imobiliário pela Universidade Candido Mendes.

Resumo – A norma jurídica, deve se adaptar às alterações sociais. Desta forma, o Direito brasileiro, se movimenta no sentido de combater a violência de gênero, situação corriqueira no cotidiano desta sociedade. Assim, foi editada a Lei nº 11.340/2006, chamada de Lei Maria da Penha. Entretanto, esta por si só não foi capaz de vencer em sua totalidade as agressões que sofrem as vítimas desses crimes, visto que, as agressões se mantiveram ainda que com a penalização de tais condutas, sendo mantido o “ciclo da violência”, já que se trata de uma questão social e cultural a ser vencida, sendo preciso, muitas vezes que o interprete de lei, utilize-se de uma visão de cunho constitucional sobre a norma para garantir a sua efetiva aplicação. Este trabalho objetiva abordar o debate acerca da possibilidade de uma Justiça Restaurativa como um mecanismo alternativo para a solução de conflitos, bem como, a sua constitucionalidade, trazendo, deste modo, uma efetividade mais significativa à proteção destas pessoas pelo poder jurisdicional, respeitando-se à norma constitucional prevista no art. 5º, caput e inciso I da CRFB.

Palavras-chave – Direito Penal. Femicídio. Medidas Protetivas. Lei Maria da Penha.

Sumário – Introdução. 1. Até que ponto as medidas protetivas da Lei Maria da Penha são eficazes na proteção da mulher em vulnerabilidade? 2. A utilização de medidas preventivas, alternativas, não previstas na lei nº 11.340/2006, no combate ao feminicídio no Brasil. 3. É de fato necessária uma nova legislação protetiva mediante a efetividade do dispositivo normativo atualmente vigente? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a existência de medidas capazes de reduzir ou até mesmo, acabarem com o feminicídio no Brasil, por meio de tutelas preventivas, que ataquem as causas desse problema social, questionando-se a possibilidade destas se tornem mais eficazes na proteção ao gênero feminino do que as medidas protetivas comumente aplicadas nas situações fáticas, e que por muitas vezes, senão em sua grande maioria, falhas em sua tarefa de manter a incolumidade dessas pessoas abrangidas pela lei Maria da Penha.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e a ampla jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se a legislação específica, com base nos preceitos constitucionais, é capaz, de efetivamente, proteger a integridade física e psicológica das pessoas



de gênero feminino, garantindo que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana seja cumprido nesses casos.

A Lei Maria da Penha entrou em vigor em dia 22 de setembro de 2006, trazendo consigo uma gama de medidas que visam a proteção e a incolumidade de pessoas do gênero feminino, entretanto, mesmo após sua vigência no ordenamento jurídico brasileiro, há um alarmante número de casos de feminicídio no Brasil. O que favorece a seguinte reflexão: é possível que medidas extralegais, sejam usadas preventivamente com o intuito de reduzir, ou até mesmo, extinguir esses casos de agressões às mulheres no Brasil?

Tal temática é bastante atual, sendo fortemente debatida tanto na sociedade como no ordenamento jurídico, devida a vastidão de casos midiáticos e julgados pelos tribunais superiores, sendo levado ao poder público, uma enorme discussão sobre essa matéria, que é sensível face a necessidade de ingerência do Poder Judiciário no seio social e familiar, especialmente, ao se tratar de homicídios corriqueiros advindos do menosprezo à qualidade de mulher dessas vítimas.

Com o intuito de se entender melhor tal questão, apresenta-se, aqui, as medidas de proteção, a tais pessoas em circunstância de perigo, previstas no ordenamento brasileiro, especialmente, na Lei nº 11.340/06 e na Constituição da República em vigor.

Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade de eficácia de medidas alternativas a estas já previstas, tendo em vista uma maior efetividade dos preceitos constitucionais protetivos a mulher, para coibir esse tipo de conduta.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho questionando até que ponto as medidas protetivas da Lei Maria da Penha são eficazes na proteção da mulher em estado de vulnerabilidade.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a possibilidade de se sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, a utilização de medidas preventivas, alternativas, e, portanto, não previstas na Lei nº 11.340/2006, no combate ao feminicídio no Brasil.

O terceiro capítulo pesquisa se há uma verdadeira necessidade de implementação de mudanças legislativas no que se refere à criação de uma lei específica, ou se regras gerais presentes no ordenamento jurídico brasileiro são suficientes para garantir a tutela almejada, tendo em vista uma maior efetividade dos preceitos constitucionais protetivos a mulher.

Para tanto, foi necessário refletir se esse tipo de violação, que historicamente são vivenciadas pelas mulheres, que estão em constante condição de vulnerabilidade na sociedade, conseguem ser sanadas por meio de medidas protetivas oferecidas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, a possível aplicação de medidas alternativas ao sistema implantado,

visando a prevenção de agressões e de homicídios a essas pessoas por meio de mudanças sociais e sua necessidade de coercitividade estatal.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois a pesquisadora intenta elencar proposições hipotéticas, em que, confia 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 invoca bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. ATÉ QUE PONTO AS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA SÃO EFICAZES NA PROTEÇÃO DA MULHER EM VULNERABILIDADE?

Em 07 de agosto de 2006, o Brasil editou, o até então, maior mecanismo de combate ao crime de feminicídio e proteção a mulher em estado vulnerabilidade, a Lei Maria da Penha¹ que completará, em agosto deste ano, 13 anos desde sua entrada em vigor.

Tal norma, visa combater os crimes praticados contra o sexo feminino, um inegável problema social e que em até tal momento, no ordenamento jurídico brasileiro, não havia sido contemplado com o enfoque necessário, visto sua afrontosa necessidade, face as mazelas sociais enfrentadas e das consequências capazes de serem geradas diante da inércia a sua repressão na sociedade.

Um Estado Democrático de Direito, deve ter como um de seus objetivos naturais a extinção de qualquer tipo de desigualdade social, inclusive as que sejam advindas de questões sexistas, e outras configurações preconceituosas. Assim sendo, com a proteção dos direitos de determinados nichos sociais, no presente trabalho, aborda-se o das mulheres, como uma maneira de garantir a isonomia material e jurídica desse núcleo social. Nesse sentido, leciona José Afonso da Silva²: “Isonomia formal diz respeito à igualdade perante a lei, que visa extinguir qualquer tipo de privilégio pessoal ou de classe, enquanto a material consiste no corolário de tratar diferenciadamente os desiguais e homogeneamente os iguais.”

Indubitavelmente, desde sua entrada em vigor no Brasil, a Lei Maria da Penha³, protagoniza como objeto de inúmeras pesquisas, que demonstram, como um dos seus efeitos a

¹BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019>.

²SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22 dez. 2010. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 214-215.

³BRASIL, op. cit., nota 1



diminuição em torno de 10%, no que tange a taxa de mortes, em residências, por homicídios de vítimas mulheres quando comparadas as dos homens entre os anos 2000 e 2011⁴, o que significa ter evitado milhares de casos de violência doméstica contra o gênero feminino.

Entretanto, também ficou demonstrada neste estudo realizado pelo IPEA, que esta redução não ocorreu homogeneamente pelo país, restando claro que não há uma efetivação de forma igualitária desta norma aos diversos setores da sociedade, principalmente, pela concentração de órgãos de amparo à mulher nas regiões metropolitanas do Brasil, ficando as áreas mais periféricas e interioranas desprovidas desses órgãos de atuação.

A gênese dessa realidade direciona para a desigualdade social que se estabelece de forma estrutural entre homens e mulheres oriunda de um machismo enraizado na sociedade que sempre olhou para a mulher como a parte mais fraca da sua estrutura. Fazendo com que elas assumissem por muito tempo, por imposição social, um papel de submissão aos homens, já que a maioria das civilizações do mundo, são de origem patriarcal, e isso inclui a brasileira.

Somada a essas circunstâncias, há no Brasil, um costume enraizado de se aplicarem medidas com o simples intuito reparador, mas que não visam, via de regra, adentrar mais a fundo nas questões que geraram tal problema nem a manter esse reparo, o que leva a uma busca pela solução imediata de um problema, sem olhar suas origens e motivações fomentadoras, e por isso, na maioria das vezes, soluções rasas são dadas as problemáticas enfrentadas, que se tornam rotineiras, na sociedade brasileira.

Dessa maneira, ao analisar o número crescente das ações com fulcro na Lei nº 11.340/06, registra-se ao mesmo tempo a força dessa norma ao ser utilizada no combate à violência doméstica por mulheres e transsexuais femininas, vítimas dessas situações de perigo, como também, deixa a clara mensagem de que a problemática é maior que a idealizada pelo legislador, não sendo suficiente, em muitos casos a proteção prevista pela mesma lei.

É possível constatar que as medidas protetivas contidas na Lei Maria da Penha⁵, não se demonstram plenamente eficazes na proteção da mulher em estado de vulnerabilidade, pois por mais que a lei preveja formas de proteção e o endurecimento de penalidades face a prática de tais atos, mulheres continuam sendo agredidas mesmo após serem aplicadas as medidas

⁴INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Pesquisa avalia a efetividade da Lei Maria da Penha*. 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24610>. Acesso em: 08 abr. 2019.

⁵BRASIL, op cit., nota 1.

protetivas previstas na lei, e assim, é possível ser exarado por meio do Mapa da Violência 2015⁶, que revelou dados significativos sobre a violência contra a mulher:

[...] com sua taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, o Brasil, num grupo de 83 países com dados homogêneos, fornecidos pela Organização Mundial da Saúde, ocupa uma pouco recomendável 5ª posição, evidenciando que os índices locais excedem, em muito, os encontrados na maior parte dos países do mundo. Efetivamente, só El Salvador, Colômbia, Guatemala (três países latino-americanos) e a Federação Russa evidenciam taxas superiores às do Brasil. Mas as taxas do Brasil são muito superiores às de vários países tidos como civilizados[...]

De tal modo, fica fácil perceber que a repressão fomentada pela nova norma penal material e processualmente, não possui o condão para a satisfação da redução desse quadro violento contra a mulher. Se fazendo necessária a inserção social do conceito de reprovabilidade da violência doméstica, o que vai muito além da punição do agressor, que como visto nas explanações acima, não surtem os efeitos desejados pelo legislador, com a mudança de mentalidade das pessoas que convivam nessa sociedade, para que assim, seja possível a transformação de paradigmas que foram embutidos nela, ao longo da história da civilização brasileira.

Com o intuito de evitar a ocorrência da violência doméstica e familiar face ao gênero feminino, o artigo 8º da Lei nº 11.340/06⁷, dispõe de nove medidas diferentes que devem ser realizadas juntamente a um articulado de atitudes de competência dos estados membros da federação além de ações não-governamentais. Em alguns lugares do Brasil, partes dessas medidas são aplicadas, fornecendo amparo peculiarizado às mulheres vítimas de tais crimes, como por exemplo, por meio da criação de delegacias especializadas, como também, a defensorias e varas específicas para tratar desse tipo de situação, fornecendo o atendimento adequado a esses casos. Entretanto, há outras localidades do país em que as condições sociais são precárias, sendo mais desfavorecidas nesse âmbito protetivo, carecendo de tais serviços. Locais que por vezes, diante da omissão da proteção estatal, sofrem com abusos domésticos muito mais graves.

O carecimento por atendimento especializado se faz ainda preocupante, pois a fomentação do poder público para que haja a criação de mais órgãos nesse sentido, se demonstra ainda insuficiente para reduzir tais números de agressão e morte contra o sexo feminino.

⁶WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência de 2015: homicídios de mulheres no Brasil*. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2015_mulheres.php>. Acesso em: 08 dez.2018.

⁷ BRASIL, op cit., nota 1.



É necessário que haja a ampliação das formas de prevenção previstas em legislação própria, como o advento de campanhas educativas que visem ensinar às pessoas sobre a educação e respeito com a sua parceira e com as mulheres na sociedade, demonstrando a gravidade de determinados atos e as possíveis punições para esses crimes. Sendo necessária para que haja esse impulsionamento na mudança de consciência social a implementação nos currículos de todos os níveis de ensino escolares e profissionalizantes sobre matéria de direitos humanos com enfoque no respeito às mulheres e a sua igualdade perante aos homens. De outro modo, continuará a existir um gritante número desses casos, como os discutidos nesse capítulo, por haver à manutenção do quadro cultural que instalado no cotidiano brasileiro desde sempre e que traz por inúmeras vezes vítimas fatais da violência doméstica.

2. A UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS PREVENTIVAS, ALTERNATIVAS, NÃO PREVISTAS NA LEI Nº 11.340/2006, NO COMBATE AO FEMINICÍDIO NO BRASIL.

A igualdade de direitos e deveres para os membros da sociedade, sejam eles, homens ou mulheres, está previsto no artigo 5º, inciso 11 da Constituição Federal de 1988⁸, ancorando-se no princípio da dignidade da pessoa humana. Acontece, que mesmo que prevista ao longo da Carta Magna um rol de direitos fundamentais garantidos ao cidadão, é notório no cotidiano dos cidadãos brasileiros que tais direitos não são respeitados ou garantidos da forma como deveria, inclusive pelo próprio Estado. De tal maneira, o poder Judiciário, passou a ser utilizado de maneira mais intensa como um instrumento a favor do jurisdicionado para a concretização dos direitos dispostos pela Carta Maior, e não apenas para a eventual reparação de lesões ou ameaças de lesões à direitos. O chamado ativismo judicial.

No tocante à violência doméstica e familiar face as mulheres, é possível perceber que o foco do problema, se localiza, nos quesitos culturais patriarcal, oriundos de um machismo intrínseco na sociedade brasileira. Um simples olhar histórico é capaz de elucidar que a mulher sempre foi inferiorizada, sendo equiparada à condição de um simples objeto, *rés*, do latim, coisa, que no caso pertenceria a propriedade masculina. Entretanto, de forma vitoriosa, aos poucos, essa situação vem sendo alterada a medida em que pequenos avanços vão sendo atingidos nas constantes disputas por espaço e igualdade pelas mulheres. A aceitação da figura feminina como um ser de direitos, pode ser considerada uma dessas conquistas, fazendo valer o princípio da isonomia, de maneira, justa, na sociedade.

⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2019.

Diferentemente do que se almeja, o rompimento com um paradigma cultural é algo complicado e de difícil realização prática. Por isso, ao se buscar uma forma de concretude do mandamento constitucional e o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, foi criada a Lei nº 11.340/2006⁹, popularmente chamada Lei Maria da Penha, que veio com o viés de munir mulheres de força e o poder Judiciário de forma a possibilitar o rechaçamento a estas violações nessa batalha enfrentada todos os dias por pessoas do gênero feminino.

Desde a sua edição, "o país passou a contar com um marco legal que estabelece direitos e aponta caminhos não apenas para coibir, como para prevenir a violência doméstica e familiar".¹⁰

Nada obstante, conforme já abordado neste trabalho, alterar a realidade fática não é atingível de maneira imediata com a edição de leis, pois, ainda que com a implicação penal do agressor no âmbito desta seara, a sentença condenatória, por si só, não enseja no término das agressões, em muitas vezes. Ao contrário disso, na prática, é possível constatar que, na maioria dos casos, tais agressões continuam a acontecer. Pois, como a condenação do agressor, em casos assim, não rompe totalmente com o quadro de violência sistêmica este ciclo continua a ocorrer, englobando diferentes quesitos da vida em conjunto, incluindo a questão sentimental, o seio familiar e até mesmo a dependência financeira do agressor.

Por isso, mesmo que comumente haja uma reconciliação entre agressor e vítima, iniciando-se a fase chamada de "lua de mel", esta é temporária e logo após, há novamente, o recomeço desse ciclo.

Esse ciclo foi desenvolvido por Lenore Walker, americana que entrevistou 1.500 mulheres vítimas e descobriu que a violência ocorre de uma forma cíclica, em fases que se repetem continuamente. Normalmente, a vítima retorna ao silêncio e muda seu depoimento na fase de "lua de mel", pois acredita na mudança do parceiro. A frase "dessa vez, ele aprendeu a lição" reflete a esperança da vítima¹¹.

Além disso, essas violações vêm acompanhadas de um alto número estatístico de reincidência. O mais alarmante nisso tudo, é que, de acordo com dados dados obtidos por

⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁰ PORTAL COMPROMISSO E ATITUDE. *Caderno Especial Lei Maria da Penha: Lei Maria da Penha mudou o patamar do enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil*. Brasília: 2017. p. 6. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2017/06/informativo_especial_LMP_web.pdf> Acesso em: 31 ago. 2018.

¹¹ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha, o silêncio da vítima e a intrigante dúvida: por que a mulher retoma o relacionamento com o agressor?* Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-maria-da-penha-o-silencio-da-vitima-e-a-intrigante-duvida-por-que-a-mulher-retoma-o-relacionamento-com-o-agressor/13967>> Acesso em: 07 ago. 2019



Sandra Biagi¹², há a apenas o comparecimento de mulheres vítimas da realização da violência, à delegacias de polícia, se estiver próximo de sofrerem graves agressões ou de serem assassinadas, por não acreditarem no apoio estatal e por não terem como comprovar as ameaças das quais são vítimas.

Outrossim, a simples punição penal do agressor, não é o suficiente para que ele deixe de fazer parte do convívio social da vítima e, quando assim acontece, o encarceramento não é perpétuo, havendo o seu retorno ao convívio familiar, ainda que em núcleo diverso do anterior.

Portanto, se faz o importante questionamento: a mera condenação penal teria o condão de ressocializar este sujeito com a capacidade de impedi-lo a realização de outros cenários de agressão?

É possível notar que mesmo com os vultuosos esforços para erradicar tal circunstância, o direito penal, de forma isolada não possui forças para solucionar essa querela, atingindo a paz social e extinguindo a violência de gênero no país. A solução então, se aproxima da utilização de outros meios alternativos e do diálogo com outras fontes.

De acordo com Marcelo Nalesso Salmaso¹³:

O paradigma punitivo – base do Direito Penal e de tantos outros sistemas que impõem a punição como forma de resposta a um comportamento indesejado –, nesses novos tempos, mais do que nunca, vem escancarando a sua debilidade, pois não se apresenta como apto a garantir os resultados a que se propõe, quais sejam, impedir, por um lado, que pessoas transgridam as normas, e, por outro, promover a ressocialização daqueles que já cumpriram suas punições, de forma que não voltem a repetir os atos tidos por inadequados (...). O sistema punitivo também deixa de trazer qualquer reflexão aos apenados quanto ao valor da norma que foi violada e, ainda, não imprime medo, para fins de evitar outros comportamentos em desrespeito às leis, pois os índices de reincidência – de condenados que cumprem suas penas e tornam a praticar delitos – gira em torno de 70% a 80%.

A intenção não é o abandono do sistema punitivista, visto que, tal medida seria capaz de gerar uma enorme impunidade no país, acabando por solidificar a violência doméstica. Em verdade, face da comprovação da ineficiência do sistema tradicional, ao entender que, sozinho, ele, não é capaz de alcançar a solução das demandas complexas que se insurgem na seara familiar, o ideal é que ocorra uma soma de forças, buscando-se não apenas dentro, mas também fora do direito, meios que consigam solucionar a barreira da violência em sua íntegra, não se

¹² BIAGI, Sandra Fernandes. *Lei Maria da Penha: a aplicabilidade das medidas protetivas de urgência como instrumento de prevenção e combate a reincidência*. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/13099/1/2014_SandraFernandesBiagi.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2019.

¹³ SALMASO, Marcelo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In: Idem, *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://laboratoriodeconvivencia.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Justi%C3%A7a-Restaurativa-Horizontes-a-partir-da-resolu%C3%A7%C3%A3o-CNJ-225-resolu%C3%A7%C3%A3o-menor.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2019, p. 19.

aplicando, somente, o direito penal como meio de retribuição a conduta degradadora do sistema, mas também trabalhando a reintegração do agressor e a remodelação da família atingida pelo problema.

Face ao exposto, com base em fundamentos jurídicos sólidos, ficou demonstrado a importância da efetivação de mecanismos alternativos ao tradicional modelo punitivista, como as medidas preventivas, alternativas às previstas na lei 11.340/2006¹⁴, para que se combata o feminicídio no Brasil. Possuindo, essas, a capacidade de redução dos índices de violência doméstica e familiar contra a mulher e os de reincidência, gerando benefícios reais à sociedade.

É imprescindível, portanto, que haja a promoção de inovações, como medidas preventivas, de cunho social e cultural, sendo a Justiça Restaurativa um caminho trilhável nessa reparação. Assim, é possível existir uma real solução, que se faz preciso, entretanto, ser aperfeiçoada e aplicada. Não se tratando de uma ideia inatingível. Já que, para obter resultados distintos se faz necessário buscar alternativas diferentes.

3. É DE FATO NECESSÁRIA UMA NOVA LEGISLAÇÃO PROTETIVA MEDIANTE A EFETIVIDADE DO DISPOSITIVO NORMATIVO ATUALMENTE VIGENTE?

É de notório conhecimento que desde que foi criada, a Lei Maria da Penha, vem sendo tanto criticada como elogiada e neste capítulo serão analisados os tópicos que vêm sendo mais atacados pela crítica do ramo jurídico sob uma análise, quando possível, sob o prisma constitucional e fatídico.

Parte ínfima da doutrina e da jurisprudência, reprova a tutela especial da mulher para os casos de violência doméstica, pautando-se, de forma equivocada, no caput do art. 5º da Constituição Federal¹⁵.

Por outro lado, numa simples pesquisa, é possível perceber que diversos trabalhos acadêmicos baseiam suas críticas nesta lei com base em alegações na violação constitucional ao princípio da isonomia quando há a concessão de tratamento diferenciado às mulheres, como vítimas, no que tange violência doméstica¹⁶. Entretanto, como já abordado neste presente trabalho, a proteção especial outorgada ao gênero feminino possui fundamento, diferentemente

¹⁴ BRASIL, op. cit. 1

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁶ Nesse sentido podem-se destacar os seguintes trabalhos: PENNA, Paula Dias Moreira; BELO, Fábio Roberto Rodrigues. *Crítica à alteração da Lei Maria da Penha: tutela e responsabilidade*. 2016. 8f. Artigo- UFMG. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/critica_a_alteracao_da_lei_maria_da_penha_tutela_e_responsabilidade.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

do que se alega, no conceito de isonomia material. Pois histórica e culturalmente, existe na sociedade, uma desigualdade entre homens e mulheres, sendo este o embasamento para que exista uma lei que diferencie tratamentos. Desta forma, salienta Maria Berenice Dias:¹⁷

É exatamente para pôr em prática o princípio constitucional da igualdade substancial, que se impõe sejam tratados desigualmente os desiguais. [...] E justificativas não faltam para que as mulheres recebam atenção diferenciada. O modelo conservador da sociedade coloca a mulher em situação de inferioridade e submissão, tornando-a vítima da violência masculina. Ainda que os homens também possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos não decorrem de razões de ordem social e cultural. Por isso são necessárias equalizações por meio de discriminações positivas: medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, consequências de um passado discriminatório. Daí o significado da lei: assegurar à mulher o direito à sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial.

Conforme entendimento do professor Lênio Streck¹⁸, dizer que a Lei Maria Da penha desrespeita a CFRB/88¹⁹, seria o mesmo que afirmar a inconstitucionalidade de normas como a Lei dos Crimes Hediondos ou a previsão de cotas raciais, já que, por sua vez, também trazem tratamento de forma desigual para determinadas pessoas²⁰.

Pode-se notar, assim, a falha neste tipo de argumento que assegura a inconstitucionalidade da referida lei, pois esta mais que clara a urgente necessidade em se respaldar as mulheres das situações ainda corriqueiras de violência doméstica, o que reafirma as finalidades existentes no corpo da constituição. Dessa forma, não se sustenta a tese que defende ser inconstitucional a Lei Maria da Penha, já que esta norma, diferentemente do que possa ser afirmado por algumas pessoas, tem o objetivo de zelar pela proteção de uma parcela da sociedade que possui seus direitos e garantias fundamentais desrespeitados diariamente pela sociedade e pelo próprio Estado.

Esclarecido o possível debate sobre a sua constitucionalidade, inicia-se uma análise da lei propriamente dita, em especial, no que toca às normas penais mais gravosas e as mudanças ocorridas na lei penal geral. Em relação às alterações ocorridas no Código Penal²¹, não há tamanha discussão sobre o assunto. Com a Lei Maria da Penha, surgiu uma agravante genérica, como novidade, conforme se vê na alínea ‘f’ do inciso II do art. 61, CP²², aumentando a pena

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, cap. 14, p.108-109.

¹⁸BRASIL. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

¹⁹ BRASIL, op. cit. 8.

²⁰ STRECK, Lênio Luiz. Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 93-100.

²¹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2018.

²² Ibidem.

na segunda fase da dosimetria, em casos da conduta criminosa se der no âmbito doméstico ou com violência contra mulher.

A maior discussão sobre esta novidade foi o fato de estar contextualizada dentro da relação de hospitalidade. Já que assim, parece fugir, a norma, do seu objetivo principal – a realização do crime no âmbito da violência doméstica precisamente, contra mulher ou em razão de seu gênero. Para Guilherme Nucci²³, englobaria, nesse aspecto, também, as relações de anfitrião e visita. Existiria, um caráter de afeto, nesse vínculo, que deve ser abarcado pelo Direito Penal.

Em caso de namoro, a jurisprudência, tem entendido que esta agravante não pode ser aplicada por não haver a coabitação capaz de caracterizar uma relação doméstica, entretanto, aplicada esta norma agravante em casos de crime realizado face visita ou anfitrião. Outra alteração relevante, trazida pela Lei Maria da Penha foi criação de novas qualificadora e majorante para o crime de lesão corporal (§§ 9º e 11, respectivamente, do art. 129, CP²⁴). Aquela, assim como ocorre no caso da agravante, tem a ver com a lesão corporal realizada em casos de convívio doméstico, familiar, de coabitação ou de hospitalidade.

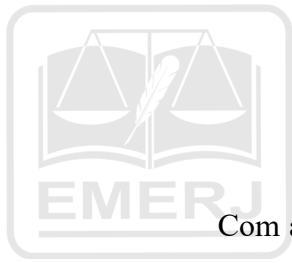
Diferindo-se da agravante no que toca não existir referência ao gênero feminino. Assim, ocorrida a violência em contexto doméstico fica caracterizada situação ensejadora de utilização da qualificadora, sem que importe qual o gênero da vítima. Nesse caso, a mudança acontece no tocante a pena máxima, enquanto nos casos de lesão corporal simples a pena fica fixada entre três meses e um ano, na qualificada por violência doméstica a pena máxima passa a ser de três anos.

Os abusos domésticos praticados contra pessoa portadora de deficiência, ficarão à cargo da majorante, dessa maneira, ocorre uma proteção especial àqueles que são ainda mais vulneráveis, além da proteção dada às pessoas, em um mesmo contexto, qual seja, no âmbito domiciliar. Nesse caso, haverá o aumento da pena fixada de acordo com a qualificadora em um terço.

Todavia, destaque-se que, se for o caso de aplicação da qualificadora do parágrafo nono, não se pode ser utilizada, também, a agravante anteriormente abordada, pois isto, configuraria *bis in idem*, ou seja, condenação do réu pelo mesmo fato, o da prática de violência doméstica.

²³ NUCCI, Guilherme. *Manual de Direito Penal*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/hospitalidade>>. Acesso em: 12 set. 2019.

²⁴ BRASIL, op. cit. 22.



Com a criação da nova modalidade de prisão preventiva prevista no inciso IV do art. 313, CPP²⁵, o Código de Processo Penal sofreu com mudanças nesse aspecto, sendo logo após alterado pela Lei nº 12.403/2011²⁶ que revogou o inciso IV e concentrou no III, as hipóteses que englobassem o mais vasto número de parcelas da sociedade que enfrentam uma maior fragilidade. Criando-se, dessa forma, a possibilidade de ser decretada prisão preventiva como maneira de assegurar a eficácia das medidas protetivas de urgência firmadas pelo juízo ao se tratar de crime de violência que possua a natureza doméstica, seja ele, contra mulher, idoso, criança, enfermo ou pessoa que deflagre alguma deficiência.

Constata-se, de tal forma, que a Lei Maria da Penha foi de grande valia no âmbito da proteção daqueles que eivam de maior vulnerabilidade em nossa sociedade. Mais uma vez, não há razão de se pensar em inconstitucionalidade nesse aspecto, visto que a diferenciação de tratamento oferecido pela legislação, tem o objetivo de reduzir e recompensar a vulnerabilidade e hipossuficiência intrínsecas a certos grupos sociais. De tal forma, insta salientar um dos enfoques de maior impacto advindos com a Lei Maria da Penha, previsto em seu art. 41, seria a inutilidade das normas advindas pela Lei dos Juizados (lei nº 9.099/95)²⁷.

Essa norma traz consigo uma série de benefícios ao réu, chamadas de medidas despenalizadoras, tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Podemos listá-las: Conforme prevê art. 74²⁸, a possibilidade de composição civil dos danos; o art. 76²⁹, a transação penal, entre o membro do Ministério Público e o autor do fato; o art. 89³⁰, a suspensão condicional do processo. Esses três institutos possuem o condão de evitar a prisão do réu, face a possibilidade de medidas que são suficientes para serem utilizadas diante das infrações de menor potencial ofensivo, sendo elas mais brandas e suficientes. Estas infrações mais brandas são qualificadas como contravenções penais e crimes em que a sua pena, no máximo em abstrato, não extrapole dois anos, de acordo com o art. 61.

Além do mais, no art. 88 da Lei nº 9.099/95³¹, pode-se notar solução diversa a estipulada na regra geral do art. 100 do Código Penal³², que determina, a ação penal pública

²⁵ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

²⁶ BRASIL. *Lei nº 12.403*, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art4>. Acesso em: 15 set. 2019.

²⁷ BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² BRASIL, *op. cit.* 22.

incondicionada estabelecendo que os crimes de lesão corporal leve e lesões culposas sejam condicionados à representação da vítima

Com a transferência, concedida pela Lei Maria da Penha, da legitimidade da ação para o Ministério Público, vedando a retratação diante de violência física, houve uma redução da carga emocional que afligia a negativa da vítima, quanto à representação contra seu agressor, fosse ele cônjuge, companheiro ou qualquer outra pessoa que tivesse um vínculo afetivamente a ela.

Como foi possível demonstrar com a narrativa acima, a lei tratada não se coaduna com muitas normas jurídicas que possuem prerrogativas capazes de amenizar o rigor da lei penal. Assim, por estar diante, de inquestionável, lei penal mais gravosa, tanto no âmbito do direito penal material quanto processual, gerando mais discordância no campo acadêmico, até que o STF em sede de controle de constitucionalidade, decidiu, terminando com essas querelas já que, com a ampla maioria (10 votos contra 1), reconheceu a constitucionalidade do dispositivo da Lei Maria da Penha, afastando a incidência da lei 9.099/95³³.

Assim, nota-se de forma indubitável, que mesmo não sendo considerada medida capaz de pôr fim completamente à violência doméstica contra o gênero feminino, ela trouxe um avanço neste sentido.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa demonstrou que a Lei Maria da Penha, vem sendo discutida desde a sua entrada em vigor, seja pela sua eficácia, aplicabilidade ou pela sua constitucionalidade. Entretanto, restou claro o entendimento de que ainda que discorde deste texto normativo, é inegável a importância desta lei para toda a sociedade. Foi analisado, também, sobre a possível eficácia da Justiça Restaurativa na solução de conflitos no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Inicialmente, analisou-se a verdadeira eficácia da Lei Maria da Penha no combate à violência contra a mulher no Brasil. O modelo punitivista, instaurado, no Brasil não se demonstra plenamente eficaz no que tange a ampla proteção nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Pois, ainda que o legislador brasileiro tenha a intenção de trazer para seu ordenamento jurídico tal medida de proteção, como pôde ser observado com a edição da

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 19/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 09 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199845>>. Acesso em: 16 set. 2019.



Lei Maria da Penha, por ser tratar de uma questão complexa que envolve todo um contexto social e cultural , nem sempre a legislação se faz capaz de romper com o "ciclo da violência".

Com essa observação notou-se a capacidade de se utilizar de mecanismos alternativos para que solucionem conflitos no plano dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em especial a chamada Justiça Restaurativa.

De tal forma, foi possível notar que a utilização dessa alternativa extralegal não geraria uma sensação de impunidade, visto que, essa impressão já é a existente na sociedade atual devido o fracasso nas punições e dos elevados índices de reincidência criminal. Assim, apresentou-se, a necessidade por mudanças no momento de se exercer a responsabilização penal, buscando-se o tratamento de problemas complexos em toda a sua extensão, para que se alcance a almejada paz social.

Em um segundo momento, a proposta desta pesquisa foi de analisar com maior profundidade, com fundamentos jurídicos sólidos, se seria possível sustentar a utilização de medidas preventivas, alternativas, portanto, não previstas na Lei nº 11.340/2006, no combate ao feminicídio no Brasil, abordando, de tal modo, o conceito de Justiça Restaurativa e suas propostas, notando-se, que tal método além de ser uma alternativa viável, já se faz realidade em alguns locais do Brasil, compondo, assim este ordenamento.

Ato contínuo, passou-se a análise acerca da necessidade de implementação de mudanças legislativas no que se refere à criação de uma lei específica, ou as regras gerais presentes no ordenamento jurídico brasileiro seriam suficientes para garantir a tutela almejada, ou seja, uma maior efetividade dos preceitos constitucionais protetivos a mulher.

Foi possível, assim, perceber que a efetivação dessa nova modalidade protetiva não dependeria somente de modificações legislativas, havendo, dificuldades que existem no campo entre a teoria e a prática. Evidenciando que a Justiça Restaurativa apresenta-se, como uma forma inovadora para solucionar problemas analisados no primeiro capítulo deste trabalho, com a efetivação de novas metodologias e técnicas próprias. Encontrando-se na burocracia, o empecilho mais forte à solidificação da Justiça Restaurativa no ordenamento brasileiro.

Em suma, no que tange à Justiça Restaurativa como medida alternativa a reparação dos danos causados pela violência contra o gênero feminino, resta claro ser ela, um caminho alternativo ao tradicional, capaz de promover novas maneiras de pacificar estes embates sociais, devendo ser, o mais rápido possível, inserida como mecanismo de resolução de conflitos no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, devendo ser implementado em todo o território nacional.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos. *Descumprir medidas protetivas agora é crime (notas sobre a Lei 13.641/2018)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-06/carlos-amaral-descumprir-medidas-protetivas-agora-crime>>. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Conheça as medidas protetivas previstas pela Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80317-conheca-as-medidas-protetivas-previstas-pela-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 09 mar. 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: 09 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC: 394567 SC 2017/0073916-2*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1/Acórdãos>>. Acesso em: 09 mar. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo 2008.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

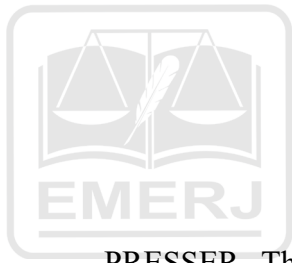
_____. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2.ed. rev., anual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

IPEA. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Pesquisa avalia a efetividade da Lei Maria da Penha. 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=24610&Itemid=6>. Acesso em: 08 abr. 2019.

MARINHO, Gustavo Mesquita. *Reflexões quanto à lei maria da penha e à isonomia jurídica*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/pdf/GustavoMesquitaMarinho.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 5.ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAOLINI, Amanda Loio Vaz. *A possibilidade de aplicação da justiça restaurativa como mecanismo de resolução de conflitos no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/pdf/AmandaLoioVazPaolini.pdf>. Acesso em: 02 set. 2018.



PRESSER, Thiago. *Medidas protetivas às vítimas de violência doméstica*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8563/Medidas-protetivas-as-vitimas-de-violencia-domestica>>. Acesso em: 12/09/18.

QUINTINO, Eudes de Oliveira Júnior. *Descumprimento das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278852,51045-Descumprimento+das+medidas+protetivas+previstas+na+Lei+Maria+da+Penha>>. Acesso em: 09 mar. 2019.

RODAS, Sérgio. *Lei Maria da Penha protege também mulher transgênero ou transexual e homem gay*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/lei-maria-penha-protege-tambem-mulher-transgenero-homem-gay>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Lei Maria da Penha protege mulher trans vítima de homem trans*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-05/lei-maria-penha-protege-mulher-trans-vitima-homem-trans>>. Acesso em: 22/07/19.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 214-215.

AFETO COMO VALOR JURÍDICO PARA DISCUSSÕES ACERCA DA PARENTALIDADE

Paula Lemos Penteadó

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

Resumo – as relações do Direito de Família, ao longo do tempo, vêm se modificando na sua maneira de formação e permanência. Hoje, com as novas formas de se relacionar e com a perda do prestígio do casamento na estrutura da sociedade, a família ganha novos contornos que se distanciam do modelo tradicional e se aproximam das relações socioafetivas. A essência desse trabalho é abordar como o valor jurídico da afetividade vem ganhando espaço na vida dos cidadãos e na jurisprudência, bem como criticar as disposições atuais do Código Civil acerca da temática.

Palavras-chave – Direito de Família. Afeto como valor jurídico. Concepção moderna de família. Parentalidade socioafetiva. Multiparentalidade. Efeitos jurídicos.

Sumário – Introdução. 1. Da importância do reconhecimento do afeto como valor jurídico para nortear as questões familiares modernas. 2. Descompasso entre as decisões judiciais sobre filiação socioafetiva e as normas legais que dispõem sobre Direito de Família. 3. Análise dos elementos essenciais na comprovação dos requisitos da declaração da socioafetividade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática do reconhecimento do afeto como valor jurídico para o Direito de Família contemporâneo analisando como tem ocorrido os avanços jurisprudenciais e as construções doutrinárias acerca da admissão de novas entidades familiares, haja vista o atraso legislativo.

O Direito de Família vem sofrendo grandes transformações decorrentes da evolução social e cultural. E, dentro dessas transformações, o afeto se tornou o grande protagonista das problematizações familiares, uma vez que da sua existência surgem relações que antes ficavam à margem do direito e hoje merecem tutela jurídica.

A valorização do afeto pela ordem constitucional e social trouxe como corolário para o ordenamento jurídico um novo princípio fundamental norteador das relações familiares democráticas, qual seja o princípio da afetividade.

Antes da Constituição Federal de 1988 tutelava-se como instituição o casamento, e dele decorria a proteção da família e os direitos a ela atrelados. Após a Constituição de 1988 há uma inversão dessa lógica, pois a nova ordem constitucional passa a considerar a família



como instituição primordial (e não mais o casamento), e, norteadas pelo princípio da afetividade, passa a ser considerada como meio de promoção isonômica da dignidade dos integrantes.

Assim, diante do alargamento do conceito de família decorrente da valorização do afeto, a Constituição se viu no dever de tutelar situações e relações sociais de natureza afetiva que infelizmente não são consideradas pelo Código Civil de 2002, cujo anteprojeto é da década de 70.

Por certo que esse descompasso entre as normas legais e a realidade que abarca o Direito de Família faz surgir inúmeras situações que precisam ser resolvidas no âmbito judicial, sem haver amparo legal e discussão suficiente. Por isso, ergue-se a necessidade de analisar como a filiação socioafetiva vem sendo aplicada e tratada pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, objetiva-se discutir a importância do afeto para a admissão judicial de novas entidades familiares, as quais se transmitem de acordo com o cenário social que estão inseridas, como o judiciário vem aplicando-o como um valor jurídico constitucional e analisar como isso deve ser feito na prática.

Para tanto, o primeiro capítulo abordará importância do reconhecimento do afeto como valor jurídico para as relações familiares e para o desenvolvimento pessoal e social do indivíduo, frente as decisões judiciais acerca da parentalidade socioafetiva.

Tendo em vista que nitidamente o legislativo não acompanhou a evolução do reconhecimento da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade, o segundo capítulo terá como objetivo criticar o descompasso entre a concepção moderna de família e as normas do Código Civil de 2002, as quais ainda partem de premissas conservadoras e que nada diz a respeito do assunto.

Por fim, o terceiro capítulo apresentará como o judiciário vem reconhecendo o afeto como valor jurídico, buscando analisar quais elementos são essenciais na tomada de decisão, bem como vêm eles estão sendo aplicados na comprovação dos requisitos da declaração da socioafetividade.

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. DA IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DO AFETO COMO VALOR JURÍDICO PARA NORTEAR AS QUESTÕES FAMILIARES MODERNAS

A não muito tempo atrás, a instituição do casamento era considerada indissolúvel e baseava-se mais em arranjos negociais do que no amor romântico. Nessa época, as relações conjugais eram hierarquizadas e a vontade dos filhos não era sequer levada em consideração. Ocorre que, mesmo diante da imposição da lei e da sociedade, as relações não se mantinham e as novas famílias formadas após o desquite não eram reconhecidas juridicamente.

A doutrina moderna¹ concorda que a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) foi fundamental para as mudanças de tratamento às famílias. Mas, não se deve esquecer que tais mudanças constitucionais estão intimamente ligadas à determinados fatos histórico-sociais (como, por exemplo, o advento do instituto da separação, o empoderamento feminino e a necessidade de todos os entes familiares contribuírem para o sustento do lar) que trazem à tona cidadãos ávidos por tratamentos democráticos e igualitário.

Assim, ao estudar a evolução do Direito de Família é fácil perceber que, por ser um ramo primordialmente afetivo, as transformações sociais forçam as mudanças legislativas, que estão sempre defasadas em relação à realidade fática, e, por consequência, obrigam o Poder Judiciário a tomar decisões ousadas, as quais precisam ir além da simples subsunção das normas infralegais ao caso concreto para que sejam aplicados princípios na busca de efetividade prática e justiça.

Não há como negar que com o advento do arts. 226² e 227,³ da CRFB/88 surgiram alterações estruturais importantes para o Direito de Família, que dão novos contornos para os intérpretes. São eles: o reconhecimento de outras formas de conjugabilidade ao lado da família legítima, a igualdade absoluta entre homem e mulher, a paridade de direitos entre filhos de qualquer origem, a dissolubilidade do vínculo matrimonial e o reconhecimento de uniões estáveis⁴.

¹LEITE, apud TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, V. 5: Direito de família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 17.

²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

³Ibidem.

⁴TARTUCE, op. cit., p. 17.

Com novos paradigmas constitucionais, portanto, a família, como instituição constitucional, ganha maior relevo em detrimento do casamento, e passa a ser considerada como um direito fundamental essencial para a formação da dignidade e da personalidade do indivíduo.

Para dar concretude a esse direito fundamental, o princípio que ganhou maior destaque foi o da afetividade. Isso porque é o afeto que flexibiliza os requisitos da permanência da família tradicional, cria novas relações que se sobrepõem aos laços meramente biológicos e deixam de lado a sua ultrapassada vinculação com a noção de legitimidade.

Sobre o novo conceito de família, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁵ sustenta que atualmente “o Direito de Família é baseado mais na afetividade do que na estrita legalidade”, pensamento que é corroborado pela Maria Berenice Dias⁶ ao afirmar que o novo elemento central identificador do que se compreende por entidade familiar é a afetividade.

Embora seja palpável a grandiosidade do afeto, a necessidade de reconhecê-lo como valor jurídico normativo, apto a ter aplicação direta nas decisões judiciais, advém do fato de ser um princípio que não está expressamente previsto na Carta Magna.

Nota-se que ele se fundamenta na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CRFB/88⁷), na solidariedade social (art. 3.º, I, da CRFB/88⁸), na igualdade entre filhos (arts. 5º, caput⁹, e 227, § 6º¹⁰, da CRFB/88), segundo Tartuce¹¹.

E não só, ele decorre, ainda, da emergência da doutrina e do Judiciário ampararem situações jurídicas desprotegidas pelas normas civilistas atuais. Isso já que a efetividade é a única capaz de romper com o modelo clássico familiar e tutelar o novo aspecto *pluralista e humano* da família, sustentando a criação de novas teorias socialmente importantes, como da parentalidade socioafetiva.

Considera-se pluralista e humano olhar para a família não mais com os estigmas quadrados de décadas atrás, mas sim como um desdobramento da diversidade social. À vista disso, tal diversidade possibilita que as mais variadas formas de se relacionar surjam com base no afeto e mereçam total proteção jurídica.

Há de se destacar que o intérprete/aplicador do direito deve ficar atento ao sentido que se atribui a “afeto” aqui, uma vez que não deve ser interpretado como aquele que se manifesta

⁵ HIRONAKA apud ibidem.

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Filhos do Afeto*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 31.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem. Art. 226, §6º, CRFB/88: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

¹¹ TARTUCE, op. cit., p. 29.

de forma subjetiva, mas sim do que se exterioriza no exercício da convivência afetiva das relações e gera condutas objetivas baseadas em deveres assistenciais e responsabilidade de cuidado.

Ou seja, nas palavras de Maria Berenice Dias¹², o “afeto”, objeto do presente estudo e que deve ser levado em consideração na de aplicação judicial, é aquele que reflete “as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecerem a incidência de normas jurídicas”.

Nesse mesmo sentido, Gustavo Tepedino¹³ elenca três efeitos práticos que a ordem jurídica deve levar em consideração na identificação do afeto como valor jurídico, sob seu sentido objetivo: i) posse de estado de filho – que ele caracteriza como sendo o *dominus, o tractus e a fama*, independente do sentimento nele contido; ii) *animus* de constituir uma família; e iii) exigibilidade das consequências objetivas do afeto, que são os deveres decorrentes da autoridade parental instituídos pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais.

Isto é, estabelecido o sentido e os efeitos práticos necessários a ensejar relevância jurídica ao afeto, pode-se concluir que o princípio da afetividade possui duas faces: de um lado o direito ao vínculo familiar e de outro o dever jurídico dele decorrente. A primeira frutifica, a partir do contexto fático estabelecido pela posse de estado de filho, nova relação e a segunda é a consequência imposta às condutas recíprocas¹⁴.

Dessa forma, é nesse contexto de valorização das consequências afetivas que a máxima “pai é aquele quem cria” ganha relevo jurídico e a expressão “família não se escolhe” perde força. Isso em razão de que uma vez estabelecida a socioafetividade no âmbito jurídico, as responsabilidades ali criadas não podem mais ser afastadas, sob o argumento de que houve quebra do vínculo.

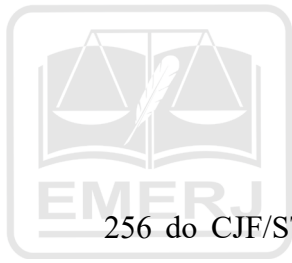
Por isso, atualmente é possível afirmar que a parentalidade se divide em socioafetiva e biológica, na medida em que a filiação socioafetiva é um gênero que não se sobrepõe ao biológico, mas que possui igual peso.

Esse entendimento é reforçado pelo Enunciado n. 108 do CJF/STJ o qual sustenta que: “No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”, bem como no Enunciado n.

¹² DIAS, op. cit., p. 31.

¹³TEPEDINO, Gustavo. *Dilemas do Afeto*. Disponível em: <<https://www.jota.info/especiais/dilemas-do-afeto-31122015>> Acesso em: 06. mar. 2019.

¹⁴ DIAS, op. cit., p. 35.



256 do CJF/STJ, pelo qual se engendrou que: “A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”¹⁵.

Assim, fixada essa premissa de não sobreposição das filiações, autoriza-se que as decisões judiciais abracem as novas modalidades familiares e tutelem os novos vínculos de forma inclusiva, sem precisar excluir ou preponderar laços, a não ser que seja da vontade dos entes ou seja uma inevitabilidade do contexto.

De tal ponto nefrágico, portanto, extrai-se a principal consequência do reconhecimento do afeto como valor jurídico, qual seja a superação da visão apenas patrimonial.

Por óbvio que as responsabilidades econômicas são de suma importância para a formação e crescimento do indivíduo e emana do reconhecimento da parentalidade socioafetiva. Não obstante, o afeto como novo definidor de relações parentais aflora consequências que ultrapassam as questões patrimoniais e burocráticas e enfatiza questões éticas do afeto, como por exemplo, o dever de solidariedade, de assistência, atenção, responsabilidade afetiva, deveres educacionais para com o outro.

E, diante da já exposta ausência de normatividade, a atuação dos magistrados ganha participação significativa a fim de dar efetividade a esses novos deveres éticos. Logo, para que essas decisões não sejam arbitrárias, a jurisprudência deve instituir parâmetros e requisitos objetivos para o reconhecimento da afetividade.

Em julgado acerca do reconhecimento de paternidade socioafetividade *post mortem* o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, cita essa preocupação e já define alguns requisitos:

[...] Em regra, as qualidades que se exigem estejam presentes na posse de estado são: publicidade, continuidade e ausência de equívoco”. E salienta que “a notoriedade se mostra na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social; esse fato deve ser contínuo, e essa continuidade, que nem sempre exige atualidade, [...] deve apresentar uma certa duração que revele estabilidade”. Por fim, registre-se que a paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana, por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos.¹⁶

Firmada a relevância do reconhecimento do afeto pelo Poder Judiciário de maneira responsável para além dos deveres patrimoniais dos envolvidos, passa-se a analisar a

¹⁵TARTUCE, op. cit., p. 30

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1500999/RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47762578&num_registro=201400667083&data=20160419&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 09 jul. 2019.

dificuldade do julgador em se basear nas normas infraconstitucionais que se encontram em total descompasso e defasagem para com a realidade fática.

2. DESCOMPASSO ENTRE AS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E AS NORMAS LEGAIS QUE DISPÕEM SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA

Acerca da filiação socioafetiva e as normas legais que versam sobre direito de família, é cediço que as regras gerais sobre parentesco estão disciplinadas nos arts. 1.591 a 1.595 do Código Civil (CC/02)¹⁷, as de filiação nos arts. 1.596 a 1.606 do CC/02¹⁸ e do reconhecimento dos filhos nos arts. 1.607 a 1.617 do CC/02¹⁹.

Ocorre que, embora o Código Civil tenha sido promulgado em 2002, seu anteprojeto é de 1972. Por conseguinte, como afirma Maria Berenice Dias, “o atual Código Civil já nasceu velho”²⁰, sem sequer regulamentar as famílias monoparentais²¹, que dirá as socioafetivas e as multiparentais, uma vez que essa realidade, não obstante socialmente presente à essa época, estava à margem da tutela jurídica.

Fato é que a revolução trazida pela Constituição Federal de 88 no âmbito das relações familiares não foi incorporada para o Código Civil de 2002, o que fez, e faz até hoje, com que as regras legais fiquem aquém das adversidades atuais nessa temática, como se pode analisar nos exemplos elencados a seguir.

O art. 1597, do CC/02²² ainda prescreve as presunções de paternidade, o que, sem dúvida, já perdeu aplicação prática e precisa ser mitigado diante da realidade fática da família moderna que encontrou novos meios de se relacionar.

Nota-se que a crítica deriva de algumas premissas do legislador da época que precisam ser quebradas. Primeiro que as hipóteses de presunção apenas tratam das presunções das uniões matrimonializadas, segundo que fazem referência unicamente ao marido e, terceiro,

¹⁷BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 jul. 2019.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ DIAS, op. cit., p. 23.

²¹ Ibidem p. 23.

²² BRASIL, op. cit., nota 13. “Art. 1.597, CC/02: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

quanto ao uso de técnicas de reprodução assistida, só cita o uso do material genético do homem, esquecendo-se que a gravidez por substituição rompe com a presunção de maternidade²³.

E não só, a participação da mulher é tão menosprezada que nem a confissão de adultério é capaz de afastar a presunção de paternidade de acordo com o art. 1.600 do CC/02²⁴. Tal façanha apenas é aceita quando há comprovada impotência física do marido (art. 1599, CC/02²⁵), o que também é uma hipótese não confiável diante do percentual de certeza de um exame de DNA.

Sobre isso, Maria Berenice Dias²⁶, de maneira esclarecedora, explica que:

[...] Esse panorama legislativo (presunção de paternidade) serve para a identificação dos vínculos parentais dentro da estrutura familiar convencional. No entanto, mister questionar esses arranjos legais quer diante do atual conceito de família, quer diante da moderna doutrina, que, de forma segura, não mais define o vínculo de parentesco em função da identidade genética. [...] O desafio dos dias de hoje é buscar o toque diferenciador das estruturas familiares que permita inseri-las no Direito de Família. Mister isolar o elemento que enseja delimitar o conceito de entidade familiar. Para isso, é necessário ter uma visão pluralista das relações interpessoais. Induvidosamente são o envolvimento emocional, o sentimento de amor, que fundem as almas e confundem patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos, que revelam a presença de uma família. Assim, não se pode deixar de reconhecer que é o afeto que enlaça e define os mais diversos arranjos familiares. Vínculo afetivo e vínculo familiar se fundem e se confundem. [...]

No mesmo sentido, Paulo Lôbo²⁷ defende que a afetividade acaba trazendo nova função para essas presunções de paternidade, já que ela deixa de presumir a legitimidade do filho originada do matrimônio para dar presunção de paternidade para aquele que se encontra no estado de filiação, dando menos relevo à sua origem ou concepção.

Diante dessa defasagem legal, a doutrina, majoritariamente²⁸, passou a interpretar o art. 1593 do CC/02 de forma extensiva em sua parte final, a fim de incluir a filiação socioafetiva. A consolidação desse entendimento doutrinário encontra-se também em alguns Enunciados do CJF, como por exemplo os de nº 339²⁹ e 519³⁰.

²³DIAS, op. cit., p. 42.

²⁴“Art. 1.600, CC/02: Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade”. BRASIL, op. cit., nota 13.

²⁵“Art. 1.599, CC/02: A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade”.Ibidem.

²⁶DIAS, Maria Berenice. *Entre o ventre e o coração*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_entre_o_ventre_e_o_cora%E7%E3o.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.

²⁷LÔBO, apud DIAS, op. cit., 2019. p. 44.

²⁸ Nesse sentido concordam Flávio Tartuce, Maria Berenice, Luiz Edson Fachin, Carlos Roberto Gonçalves.

²⁹ BRASIL.IV Jornada de Direito Civil, de 2006, *Enunciado nº 339 do CJF/STJ*: “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/369>>. Acesso em: 18. set. 2019.

Posteriormente, a jurisprudência dos Tribunais foi se consolidando no sentido de reconhecer a filiação socioafetiva como um gênero de filiação civil e chegou ao auge com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que analisou a repercussão geral do tema (Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, com repercussão geral, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu Informativo n. 840), firmando a tese de que “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.³¹

E mais, mesmo que seja possível a concomitância das filiações (multiparentalidade), também em repercussão geral, o STF já reconheceu que uma vez evidenciado o afeto entre os membros familiares, o vínculo biológico perde força para o vínculo afetivo³², que acaba sendo aquele que efetivamente garante, na prática, os efeitos (direitos e deveres) da paternidade desejados por um filho, pois fruto da vontade.

Além desses artigos, importante mencionar, também, a ultrapassada determinação do art. 1.611, do CC/02³³, a qual estabelece que o filho havido fora do casamento só pode residir no lar conjugal sob autorização do outro.

Não há como negar que o lar conjugal deve ser um ambiente em que ambos concordem com as regras de convivência. No entanto, conforme bem defendido por Flávio Tartuce, a autorização do art. 1.611 é polêmica e acaba discriminando o filho fruto de outra relação em prol de se privilegiar o instituto do casamento. Para o doutrinador³⁴, o melhor seria que isso fosse deixado apenas para o âmbito particular e, caso o aplicador do direito tivesse que solucionar eventual lide, deveria analisar os fatos diante do princípio do melhor interesse da criança e da razoabilidade.

Por outro lado, já na visão de Christiano Cassettari³⁵, esse artigo é uma hipótese de formação de socioafetividade e a autorização é o primeiro indício de que o laço afetivo está sendo criado.

³⁰ BRASIL. V Jornada de Direito Civil, de 2011, *Enunciado nº 519 do CJF/STJ*: “O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de sócio afetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais”. *Ibidem*.

³¹ TARTUCE, op. cit., p. 244.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário nº 692.186 RG/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3419008>>. Acesso em: 18 set. 2019 jul. 2019.

³³ BRASIL, op. cit., nota 13. “Art. 1.611, CC/02: O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro”.

³⁴ TARTUCE, op. cit., p. 273.

³⁵ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 51.

Não obstante, há de se concordar que o art. 1.611 do CC/02 acaba por fazer uma diferenciação entre os filhos, o que é vedado tanto pela Constituição Federal, quanto pelo art. 1.596 do CC/02³⁶, sendo, portanto, inconstitucional.

Por último, é preciso considerar os efeitos trazidos pelo do art. 1.610 do CC/02³⁷, o qual estabelece que o reconhecimento de paternidade é irrevogável.

Como já citado, a lei não traz hipótese expressa de regulamentação para filiação socioafetiva. Logo, a irrevogabilidade, pela norma legal, aplicar-se-ia à filiação consanguínea apenas. Mas, diante do reconhecimento doutrinário e jurisprudencial da socioafetividade, sem dúvida, o art. 1.610 do CC/02 deve ser aplicado também nesses casos.

Não há como negar que uma vez comprovado o vínculo afetivo, aquele que voluntariamente assume os direitos e deveres familiares de um filho não pode voltar atrás dessa decisão. Daí a importância da equiparação da filiação consanguínea à afetiva, já tratada acima.

Isso porque, uma vez assumida a responsabilidade, o importante é garantir os efeitos do reconhecimento pela filiação socioafetiva, tanto os sociais e os jurídicos, quanto os psicológicos, como a proteção, educação, atenção e assistência necessária de maneira irretratável.

Assim, diante da total falta de regulamentação legal, o CNJ editou em 2017 o Provimento nº 63³⁸ para permitir o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva em cartório, trazendo algumas regras e dando tratamento irrevogável ao ato.

Não obstante seja uma excelente tentativa de desburocratizar e facilitar o reconhecimento, a doutrina já discute acerca da necessidade de autorização do titular da filiação consanguínea.

Dessa forma, conclui-se que é de extrema necessidade a adequação das regras legais com a realidade familiar que se tem hoje para que não impere a insegurança jurídica e a regulamentação por meio de decisões judiciais.

³⁶BRASIL, op. cit., nota 13.

³⁷Ibidem. “Art. 1.610, CC/02. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”.

³⁸BRASIL. *Provimento nº 63*, de 14 de novembro de 2017 do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf>. Acesso em: 02 set. 2019.

3. ANÁLISE DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS NA COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DA DECLARAÇÃO DA SOCIOAFETIVIDADE

Como citado anteriormente, Gustavo Tepedino³⁹ aponta 3 (três) elementos fundamentais na identificação do vínculo afetivo, quais sejam a posse de estado de filho, o *animus* de constituir família e a possibilidade de se exigir os deveres decorrentes do reconhecimento. Sobre eles, a posse do estado de filho é o que merece maior destaque no presente estudo.

Inicialmente é importante citar que a posse de estado de filho não possui previsão legal expressa e é uma construção doutrinária⁴⁰ advinda da interpretação do art. 1.605, II do CC/02⁴¹.

Em apertada síntese, Paulo Lôbo⁴² descreve que a posse de estado de filho é a convivência familiar e o vínculo afetivo exteriorizados, constituídos quando uma pessoa trata a outra como pai e essa trata a outra também como filho, assumindo tais papéis reciprocamente, independentemente do vínculo biológico.

Fato é que a posse de estado de filho baseia-se na manifestação de vontade recíproca e no seu reconhecimento no âmbito familiar e social.

Entende-se que, embora seja um elemento identificador do vínculo afetivo, não se confunde com a própria filiação socioafetiva. Isso porque a filiação socioafetiva usa a posse de estado de filho apenas como um parâmetro na sua configuração. Ou seja, não é necessário que estejam presentes todos os requisitos de constituição da posse de estado de filho para que seja considerada a filiação socioafetiva⁴³.

Assim, tradicionalmente a doutrina concorda que a posse de estado de filho se configura quando estão presentes três critérios: i) *tractatus*, referente ao tratamento entre as partes, que se relacionam como pais e filhos; ii) *nomem*, referente ao uso do nome do pai afetivo pelo filho; e iii) *reputatio*, referente ao reconhecimento desse tratamento pela sociedade.

³⁹TEPEDINO, op. cit.

⁴⁰CASSETTARI, op. cit., p. 35.

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 13. Art. 1.605, CC/02: Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se afiliação por qualquer modo admissível em direito:[...]II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

⁴²LÔBO apud DIAS, op. cit., 2017. p. 49.

⁴³FACHIN ibidem. p. 50.

Não obstante, Flávio Tartuce⁴⁴ e Maria Berenice Dias⁴⁵ defendem que desses três critérios, apenas dois são essenciais, já que o não uso do nome patronímico em nada afeta a caracterização da posse de estado. Na visão dela os critérios são: i) notoriedade, em que tal vínculo é objetivamente perceptível pela sociedade; e; ii) continuidade, em que a situação fática do vínculo se demonstra estável⁴⁶.

Esses requisitos se pautam pela teoria da aparência, pois se manifestam em uma realidade fictícia que ganha contornos jurídicos reais, com o intuito de dar segurança para as relações familiares afetivas. Ademais, a publicidade torna o vínculo afetivo (fato) em uma situação de direito por meio da manifestação do elemento da fama⁴⁷.

Nota-se que a jurisprudência há muito tempo vem adotando esses requisitos doutrinários para reconhecer a socioafetividade, até dar um passo maior e serem citados na própria ementa do Recurso Extraordinário de nº 898.060/SC⁴⁸, o qual reconheceu, em repercussão geral, a multiparentalidade.

Na visão de Flávio Tartuce⁴⁹, essa decisão traz 3 (três) importantes impactos:

[...] A primeira delas é o reconhecimento expresso, o que foi feito por vários Ministros, no sentido de ser a afetividade um valor jurídico e um princípio inerente à ordem civil-constitucional brasileira. A segunda consequência, repise-se, é a afirmação de ser a paternidade socioafetiva uma forma de parentesco civil (nos termos do art. 1.593 do CC), em situação de igualdade com a paternidade biológica. Em outras palavras, não há hierarquia entre uma ou outra modalidade de filiação, o que representa um razoável equilíbrio. A terceira consequência é a vitória da multiparentalidade, que passou a ser admitida pelo Direito brasileiro, mesmo que contra a vontade do pai biológico. Ficou claro, pelo julgamento, que o reconhecimento do vínculo concomitante é para todos os fins, inclusive alimentares e sucessórios. Teremos grandes desafios com essa afirmação, mas é tarefa da doutrina, da jurisprudência e dos aplicadores do Direito resolver os problemas que surgem, de acordo com o caso concreto.

Interessante também é a utilização da posse de estado de filho pela jurisprudência para manter a filiação pelo fato gerador socioafetivo daqueles que descobrem por exame de DNA, anos após o nascimento, que a filiação biológica não existe⁵⁰.

Todos esses novos entendimentos colocam em primeiro plano a responsabilidade de se reconhecer o cuidado como valor jurídico e corrobora com a crítica à legislação feita no

⁴⁴TARTUCE, op. cit., p. 263.

⁴⁵DIAS, op. cit. 2017, p. 49.

⁴⁶Ibidem, p. 50.

⁴⁷Ibidem, p. 49.

⁴⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 898060*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>>. Acesso em: 09 jul. 2019.

⁴⁹TARTUCE, op. cit., p. 263.

⁵⁰CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Desconstituição da paternidade registral*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c54e7837e0cd0ced286cb5995327d1ab>>. Acesso em: 09 jul. 2019

capítulo anterior acerca da impossibilidade de se romper com o vínculo (irrevogabilidade do art. 1.610, CC/02).

Aquele que assume a condição de provedor das necessidades de um filho por um longo período, assume também papel importante na formação da personalidade daquele que está na função de filho (embora o inverso também aconteça).

Nesse sentido, Maria Berenice⁵¹ alerta que o fato está para além do amor, já que é considerado um ato-fato contínuo, o que tem consequências jurídicas. Na visão dela, uma vez que as relações se solidificam com o tempo, proporcionam estruturação psíquica e ocupam os lugares de filho e pai, estarão sempre suscetíveis à incidência da norma jurídica.

Conclui-se, portanto, que o reconhecimento jurídico desses elementos que ensejam no mundo fático a socioafetividade deve ser feito de forma minuciosa, tendo em vista às consequências perenes que ela trará para o resto da convivência dos envolvidos.

E aqui, chama-se atenção não só para os efeitos patrimoniais a que esse reconhecimento imputa. Mas, também, aos seus deveres emocionais e psíquicos, pois esses sim muitas vezes são banalizados ou até não tutelados pelo direito, depois de solucionados os entraves patrimoniais.

Há de se atentar que, reconhecido os elementos presentes para a declaração da afetividade, esses não poderão mais ser desconstituídos e acarretarão deveres assistenciais familiares (como, por exemplo, educacionais, instrutivos, de afeto, psicológicos, cultural, esportivo, sociais, e outros) os quais o judiciário precisa alertar às partes para a sua seriedade, bem como fazer valer a responsabilidade afetiva advinda de tal reconhecimento.

Importantes julgados, como, por exemplo, o do abandono afetivo⁵², a Ministra Nancy Andrighi traz grande passo para o reconhecimento do carinho, do cuidado como deveres jurídicos, atentando para a diferença dele para o dever de amor. Esse último não pode ser cobrado, mas o cuidado sim, já que é um pressuposto da função familiar.

Isso porque, é mais “pai” aquele quem cria, ama, educa e dá assistência no dia-a-dia, do que o que se torna meramente um patrocinador financeiro por determinação judicial.

⁵¹DIAS, op. cit. 2017, p. 52.

⁵²BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/SP*. Relatora: Ministra. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de proporção jurídicas e social entre a legislação atual acerca da família, como ela vem se desenvolvendo no plano fático e as decisões jurídicas a seu respeito. O embate materializa-se pelo confronto entre a ausência de norma infraconstitucional que regulamente a realidade da família moderna brasileira e a jurisprudência que vem se formando acerca do tema.

De um lado, está o Código Civil com normas defasadas sobre o instituto familiar, principalmente no que tange ao tratamento da afinidade; de outro, uma atuação ativista do Judiciário que tenta socorrer os novos preceitos constitucionais aplicados à família.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que é preciso que o Legislativo atualize as normas civilistas para dar suporte à aplicação do princípio da afetividade, a fim de garantir às decisões judiciais embasamento legal, e conseqüentemente segurança jurídica.

Na prática, embora se tenha criado na jurisprudência um parâmetro decisório para estabelecer o que constitui ou não uma família baseada na afinidade, nota-se que ainda há muito o que se discutir e firmar acerca da sua caracterização, bem como dos seus efeitos futuros, sejam eles patrimoniais ou não.

O entendimento a que se chegou no presente trabalho consubstancia-se na ideia de que, embora a Constituição Federal de 1988 tenha dado maior importância jurídica ao instituto da família, o casamento continua sendo o centro das normas infralegais, causando descompasso. Ademais, o ordenamento jurídico continua mais preocupado com os efeitos patrimoniais das filiações do que com a responsabilidade e deveres afetivos deles decorrentes.

No primeiro capítulo restou claro que se não fosse pela atuação ativista do Judiciário, as novas relações familiares baseadas no afeto estariam ainda sem reconhecimento e tutela jurídica, o que causaria grande defasagem.

Na mesma esteira, pôde-se analisar no segundo capítulo alguns dos principais atrasos legislativos presentes do Código Civil atual, o que contribui para o argumento de que, não só a realidade fática, mas também as decisões judiciais não têm embasamento seguro para caracterizar a filiação socioafetiva e os efeitos dela.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do terceiro capítulo, verificou-se que, a fim de dar segurança jurídica às decisões judiciais, há a necessidade de se firmar quais são os elementos essenciais dos requisitos da declaração da socioafetividade. Disso, contata-se que esse o elemento essencial é a posse de estado de filho, o qual se forma com dois requisitos.

Embora não haja um consenso na doutrina, após o presente estudo, conclui-se que os que melhor lhe cabe são a comprovação da notoriedade e da continuidade da relação socioafetiva. E, a partir disso, abre-se espaço para um novo foco, quais sejam a discussão acerca dos deveres extrapatrimoniais que daí surgem.

Dessa forma, deve ser preocupação constante do Judiciário, do Legislativo – e da doutrina também – cooperarem para discutirem e realizarem políticas que efetivem o princípio da afetividade, reconhecendo que é preciso normatizar as relações que nascem fora do casamento ou para além dele. E mais, reconhecendo também que é a partir desse novo meio de relacionar que o conceito de família irá se concretizar. Isso porque a família, independentemente de sua origem, tem a função de amparar os seus membros, dando a eles acolhimento, afeto, estrutura e instrução o suficiente para que o indivíduo seja capaz de se desenvolver de forma idônea para o mundo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/110406.htm>>. Acesso em: 03 jul. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

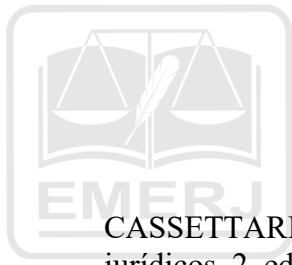
_____. *Provimento nº 63*, de 14 de novembro de 2017 do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf>. Acesso em: 02 set. 2019

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1500999/RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47762578&num_registro=201400667083&data=20160419&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 09 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário nº 692.186 RG/DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3419008>>. Acesso em: 18 set. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Desconstituição da paternidade registral*. Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/c54e7837e0cd0ced286cb5995327d1ab>>. Acesso em: 09 jul. 2019.



CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Entre o ventre e o coração*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_entre_o_ventre_e_o_cora%E7%E3o.pdf> Acesso em: 03 jul. 2019.

_____. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Filhos do Afeto*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. *Coleção Sinopses para Concursos – Direito Civil – Família e Sucessões*. 6. ed. V. 14, Bahia: JusPodivm, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 15. ed. V. 06. São Paulo: Saraiva, 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 5: Direito de família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Dilemas do Afeto*. Disponível em: <<https://www.jota.info/especiais/dilemas-do-afeto-31122015>> Acesso em: 06 mar. 2019.

DAS CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DA COLETA
COMPULSÓRIA E DO ARMAZENAMENTO DE PERFIS
GENÉTICOS EM BANCO DE DADOS

Paula Luísa da Costa Vita

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo – A criação de um Banco de Dados nacional permitiu o armazenamento de perfis genéticos com o fim dar efetividade a persecução penal, que em comparação com outros países foi uma criação tardia. Com a edição da Lei nº 12.654/12, possibilitou-se a coleta compulsória de material biológico após a condenação e para fins de investigação criminal, dentro de limites estabelecidos pela própria lei. No entanto, tais disposições são objeto de diversas controvérsias, tais como a violação ao direito a não autoincriminação. Portanto, o intuito do trabalho é abordar as controvérsias trazidas pela Lei nº 12.654/12 e a análise da coleta compulsória no direito comparado.

Palavras-chave – Direito penal. Direito processual penal. Banco de dados. Perfil genético. Coleta compulsória. Não autoincriminação.

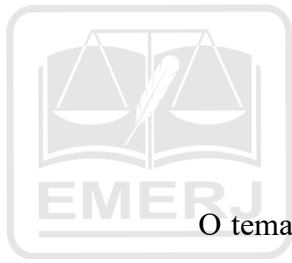
Sumário – Introdução. 1. O princípio da vedação a autoincriminação face as modificações trazidas pela Lei nº 12.654/12. 2. Do armazenamento de perfis genéticos em bancos de dados e seu respectivo prazo de permanência. 3. O recente surgimento do banco de dados nacional face ao direito comparado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa científica discute as controvérsias a respeito da Lei nº 12654/12, que criou a possibilidade de armazenamento de perfis genéticos em bancos de dados criminais. A pesquisa visa analisar a constitucionalidade da aplicação dessa norma de forma compulsória e suas possíveis consequências aos indivíduos registrados.

Para que seja devidamente argumentado, serão abordadas doutrinas e jurisprudências a respeito do tema com o fim de demonstrar as controvérsias que a indeterminação legal pode gerar à sociedade.

A mudança realizada na lei de identificação criminal (Lei nº 12037/09) dispôs de forma nebulosa o prazo para a exclusão dos perfis genéticos nos bancos de dados criminais. O art. 7º-A da mesma lei dispõe que a exclusão desses perfis somente ocorrerá com o término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. No entanto, tal dispositivo legal possibilita grande eficácia da persecução criminal, o que geraria certeza nas condenações, já que o exame genético possui alta precisão em seu resultado.



O tema é controvertido, tanto na doutrina como na jurisprudência. Não houve decisão jurisprudencial específica uniformizando a interpretação do tema, o que torna sua aplicação arriscada, com propensões a decisões divergentes.

Para uma melhor compreensão do tema, será apresentado o contexto da origem da controvérsia, com o surgimento da modificação da Lei de Identificação Criminal e da Lei de Execuções Penais. Pretende-se também demonstrar que, apesar da existência do princípio constitucional da presunção de inocência, a coleta compulsória de material genético em determinadas hipóteses não geraria violação a não autoincriminação.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando uma análise sobre a constitucionalidade da Lei nº 12654/12 face o princípio da presunção de inocência e seu consectário princípio da não autoincriminação, demonstrando que não há violação a tal princípio, diante da sua permissão constitucional e similaridade com o instituto das medidas cautelares.

O segundo capítulo, aborda as controvérsias a respeito da aplicação do art. 7º-A da Lei nº 12037/09. Visa demonstrar que a falta de determinação legal quanto à aplicação dessa norma pode gerar insegurança jurídica ao indivíduo registrado, podendo causar-lhe diversas violações aos direitos da personalidade.

O terceiro capítulo irá analisar a autorização da coleta compulsória de perfis genéticos no direito comparado face à Lei nacional. Além disso, fará uma breve comparação entre a Lei estrangeira e a nacional, relacionado as semelhanças entre estas em relação a criação e processamento dos dados genéticos e seu posterior armazenamento em Bancos de Dados.

A pesquisa é desenvolvida segundo o método hipotético-dedutivo, tendo em vista que a pesquisadora se utilizará da construção de conjecturas a partir de hipóteses verdadeiras. Portanto, serão utilizadas situações hipotéticas, pelas quais será viabilizada a análise, com o fim de construir argumentos capazes de confirmar ou rejeitar o objeto de pesquisa.

Diante disso, o objeto dessa pesquisa será abordado por meio do método qualitativo, ou seja, a pesquisadora se utilizará de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários relativos à temática objeto deste trabalho, com o intuito de sustentar a hipótese científica.

1. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO A AUTOINCRIMINAÇÃO FACE AS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.654/12

O direito de não fazer prova contra si mesmo, também chamado de princípio da vedação a autoincriminação (*nemotenetur se detegere*) é um postulado do direito processual

penal, o qual determina que ninguém poderá ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Essa vedação é extraída do art. 5º, LXIII, CRFB/88¹ e também encontra-se consagrada no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos² (Pacto de São José d Costa Rica).

A vedação a autoincriminação decorre do princípio da presunção e inocência e do sistema acusatório, impedindo a ocorrência de arbitrariedades diante da busca pelo “culpado” na persecução penal. Diante disso, com a edição do art. 5º-A da Lei de Identificação Criminal³ e do art. 9-A da Lei de Execução Penal⁴, surgiu um impasse entre a aplicação do princípio constitucional face a legislação infraconstitucional que visa mitigar tal princípio.

Segundo as mudanças trazidas pela Lei nº 12654/12⁵, o parágrafo único do art. 5º da Lei de Identificação Criminal permitiu a coleta de material biológico para obtenção de perfil genérico se tal identificação for essencial para a investigação policial, desde que haja autorização judicial. Dessa forma, constata-se que a lei permitiu uma mitigação ao princípio da não autoincriminação, pois validou a coleta impositiva de material genético face a ausência de consentimento do investigado ou condenado.

Para fins de elucidar melhor a questão, o parágrafo único do art. 5º da Lei nº 12037/2009⁶ permite a coleta do perfil genético em sede policial, sob o crivo da reserva judicial, mas não faz menção ao consentimento do indivíduo, ou seja, mesmo não consentindo, o investigado terá que se submeter ao exame se este for essencial à investigação policial, desde que haja decisão judicial fundamentada. Desse modo, verifica-se uma mitigação ao princípio constitucional da vedação a autoincriminação.

Segundo o entendimento de Aury Lopes Jr.⁷, esse cenário teria mudado com a Resolução nº 3/14⁸ do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, pois tal resolução prevê a proibição de coleta de sangue como técnica a ser empregada, além da possibilidade de recusa pela pessoa submetida, a qual suspenderia a realização do exame.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2019.

²BRASIL. *Decreto nº 678*, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 31 ago. 2019.

³ BRASIL. *Lei nº 12037*, de 1º de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em: 31 ago. 2019.

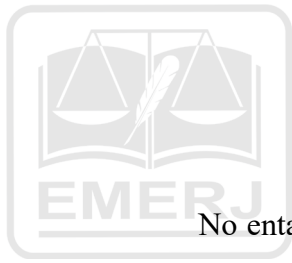
⁴ BRASIL. *Lei nº 7210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 31 ago. 2019.

⁵ BRASIL. *Lei nº 12654*, de 28 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm> Acesso em: 30ago. 2019.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 3.

⁷LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 433-441.

⁸BRASIL. Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. *Resolução nº 3*, de 26 de março de 2014. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25511793_RESOLUCAO_N_3_DE_26_DE_MARCO_DE_2014>. Acesso em: 31 ago. 2019.



No entanto, a Resolução nº 3/14⁹ é contraditória em seu próprio texto, pois ao mesmo tempo que prevê a possibilidade de recusa à obrigatoriedade da coleta de material biológico, dispõe também em vários dispositivos de seu texto a expressão “coleta compulsória”. Inclusive o art. 9º da mesma Resolução¹⁰, que está disposto topograficamente logo após o dispositivo que permite a recusa, dispõe no mesmo sentido:

Para que a amostra biológica coletada de forma compulsória possa ser analisada e ter seu perfil genético inserido no banco de dados é necessário o envio de cópia dos documentos que fundamentaram a coleta ao órgão gerenciador de banco de dados de perfil genético respectivo.

Portanto, é notória a contradição no texto da Resolução nº 3/14¹¹, na medida em que permite a recusa e dispõe expressamente acerca de uma coleta compulsória.

Ademais, por mais que a Resolução proíba a coleta de sangue como técnica empregada, em seu art. 2º¹² a *contrario sensu* há expressa viabilização da extração por meio indolor. Existem meios indolores de extração de material genético, como por exemplo, coleta de fio de cabelo, saliva, entre outros. Logo, apesar de proibir a extração por coleta de sangue, o indivíduo pode se submeter a exames indolores de coleta de material genético que terão a mesma eficácia.

No entanto, para o autor Aury Lopes Jr.¹³, mesmo assim, a extração compulsória não pode ser admitida, pois para ele deve ser respeitado o direito de não produzir prova contra si mesmo, como consectário da presunção de inocência.

Além dessa controvérsia, a Lei nº 12.654/12¹⁴ também modificou a Lei de Execução Penal em seu artigo 9º-A¹⁵. Segundo este artigo, os condenados por crimes dolosos, praticados com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por crimes hediondos serão compulsoriamente submetidos a coleta de perfil genético a ser armazenado em bancos de dados sigilosos.

Essa situação disposta na lei é diversa da anteriormente tratada no parágrafo único do art. 5º da Lei de Identificação Criminal¹⁶, pois o art. 9º-A da LEP¹⁷ se refere aos já condenados por meio de sentença penal condenatória, ou seja, já estão submetidos ao regime

⁹BRASIL, op.cit., nota 8.

¹⁰Ibid.

¹¹Ibid.

¹²Ibid.

¹³ LOPES JR., op. cit., p. 433-441.

¹⁴BRASIL, op.cit., nota 5.

¹⁵BRASIL, op.cit., nota 4.

¹⁶BRASIL, op.cit., nota 3.

¹⁷BRASIL, op.cit., nota 4.

de cumprimento de pena. Estes também serão obrigados a submeter ao exame de coleta de material biológico.

Entretanto, nesse caso da modificação ocorrida na LEP¹⁸, o Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos expediu nova Resolução de nº 10¹⁹, em 2019, a qual exige a coleta obrigatória do material genético, sob a reserva judicial, mesmo que haja recusa do condenado.

Segundo o art. 8º da Resolução de nº 10/19²⁰ do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, em caso de recusa do acusado a se submeter a coleta, tal recusa será comunicada à autoridade judiciária competente, a qual decidirá sobre “a submissão do acusado à coleta compulsória ou a outras providências que entender cabíveis, a fim de atender à obrigatoriedade prevista na Lei nº 12.654/2012²¹.”

Nesse sentido, no caso de indivíduos condenados, a Resolução nº 10/2019²² se submete ao disposto na Lei nº 12.654/2012²³, corroborando a obrigatoriedade da coleta de material genético, pois mesmo que o condenado se recuse ao exame, a palavra final está com a autoridade judiciária, que determinará a submissão ou não à coleta de perfil genético. Portanto, não há um conflito de dispositivos, pois a resolução repete o comando legal, permitindo a coleta compulsória e esclarecendo o seu procedimento.

Diante disso, nota-se que o problema em si não está no controle de legalidade entre as Resoluções do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e a Lei nº 12654/12²⁴, mas no conflito da lei infraconstitucional face a princípio constitucional, ou seja, um controle de constitucionalidade.

Tanto a Lei nº 12654/2012²⁵ como as decorrentes Resoluções do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos permitem coleta compulsória de material genético, porém, em comparação com a CRFB/88²⁶, esses dispositivos infraconstitucionais, em tese, seriam normas inconstitucionais, tendo em vista o princípio da vedação a autoincriminação.

¹⁸Ibid.

¹⁹BRASIL. Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. *Resolução nº 10*, de 14 de março de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia//asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/66952743>. Acesso em: 31 ago. 2019.

²⁰Ibid.

²¹BRASIL, op.cit., nota 5.

²²BRASIL, op.cit., nota 19.

²³BRASIL, op.cit., nota 5.

²⁴Ibid.

²⁵Ibid.

²⁶BRASIL, op.cit., nota 1.



O julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 973837/MG²⁷, em repercussão geral, aborda justamente essa controvérsia, ou seja, o conflito entre uma lei infraconstitucional e um princípio constitucional.

A solução desse conflito não pode ser drástica a ponto de revogar completamente a Lei nº 12654/12²⁸, pois apesar de, em tese, estar violando a não autoincriminação, ele deve ser ponderado, eis que há na CRFB/88 o art. 5º, LVIII²⁹, o qual permite a identificação criminal da forma da lei. Portanto, haveria uma autorização constitucional para tal coleta compulsória por ser uma norma de eficácia limitada, a qual dependia da edição da Lei de Identificação Criminal³⁰ para possibilitar a viabilidade da coleta compulsória de material genético.

Desse modo, em tese, não haveria inconstitucionalidade da Lei nº 12654/12³¹ face ao princípio da não autoincriminação, tendo em vista que há uma autorização constitucional para tal disposição legal, eis que a Lei de Identificação Criminal³² regulamenta o art. 5º, LVIII, CRFB/88³³, que é norma de eficácia limitada.

Ademais, a criação de bancos de dados possui uma finalidade precípua de viabilizar a eficiência da persecução criminal. Possuem o fim de evitar a condenação de inocentes por erro judiciário³⁴ e proteção ao direito da vítima, quem teve o bem jurídico violado, à reparação do dano pelo responsável; a sociedade possui a expectativa de efetiva aplicação da pena ao infrator, assim como o consequente estado de segurança pública e paz social, os quais podem ser viabilizados pelo exame de DNA. Nesse sentido, é direito do indivíduo não autoincriminar-se, assim como é direito da sociedade e da vítima a finalidade da pena, em seu viés de prevenção ser aplicado.

Segundo o entendimento da procuradora-geral da República, Raquel Dodge³⁵, ao se manifestar favoravelmente à coleta de material genético para identificação criminal entendeu tratar-se de um “direito estatal voltado à preservação da segurança pública”, além de ser um

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 973837. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

²⁸BRASIL, op.cit., nota 5.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁰BRASIL, op.cit., nota 5.

³¹Ibid.

³²Ibid.

³³BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁴Possibilidade da coleta compulsória permitiria a absolvição de condenados inocentes em sede de revisão criminal, na forma do art. 9º-A, LEP.

³⁵DODGE, Raquel. Parecer nº 07/2017 – AJCR/SGJ/PGR. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE973837_coletamaterialgenetico.pdf>. Acesso em: 02 set. 2019.

“reflexo da progressão científica, cuja eficiência e indiscutível relevância tem ensejado a adoção nos mais diversos países”.

Portanto, a respectiva controvérsia deve ser analisada com cautela, excluindo-se análises defensivas e acusatórias precipitadas, que induziriam à revogação total da Lei nº 12654/12³⁶ ou até mesmo ao aumento da compulsoriedade, respectivamente. No caso, deveria ser utilizada a técnica da ponderação de interesses, sendo relativizados os princípios para alcançar uma conclusão de equidade, pois, no fundo, o dilema está no embate entre dois princípios constitucionais.

No entanto, aguarda-se o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 973837/MG³⁷, em repercussão geral, o qual tem como objeto o conflito entre a Lei 12654/2012³⁸ e a vedação constitucional a autoincriminação.

2. DO ARMAZENAMENTO DE PERFIS GENÉTICOS EM BANCOS DE DADOS E SEU RESPECTIVO PRAZO DE PERMANÊNCIA

A Lei nº 12.037/09³⁹, Lei de Identificação Criminal, sofreu uma modificação promulgada em 2012 pela Lei nº 12.654/12⁴⁰, a qual adicionou o art. 7º-A em seu texto, o qual dispõe sobre o tempo de permanência de um registro genético no banco de dados criminal, ou seja, o prazo para seu cancelamento.

O intuito da Lei nº 12.037/09⁴¹, é regulamentar a norma constitucional que dispõe sobre o registro civil dos indivíduos, qual seja, o art. 5º, LVIII da CRFB/88⁴². Este artigo dispõe que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo se houver lei que determine esta obrigação”⁴³. Diante disso, a Lei nº 12.037/09⁴⁴ veio regulamentar essa exceção permitida pela Constituição.

Nesse sentido, explica Otávio Luiz de Carvalho⁴⁵ que “é proibida a identificação criminal daquele que já é civilmente identificado, exceto as hipóteses determinadas em lei”, as quais estão dispostas pela Lei nº 12037/09⁴⁶.

³⁶Ibid.

³⁷BRASIL, op. cit., nota 27.

³⁸BRASIL, op.cit., nota 5.

³⁹BRASIL, op.cit., nota 3.

⁴⁰BRASIL, op.cit., nota 5.

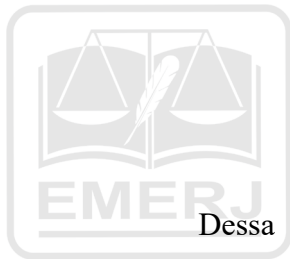
⁴¹BRASIL, op.cit., nota 3.

⁴²BRASIL, op.cit., nota 1.

⁴³ Ibid.

⁴⁴BRASIL, op.cit., nota 3.

⁴⁵CARVALHO, Otávio Luiz de. Reflexões e análise de constitucionalidade acerca da coleta de perfil genético do investigado e do condenado. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 152, set 2016. Disponível em:



Dessa forma, é necessária a identificação criminal do indivíduo não previamente identificado ou nos casos de existirem dúvidas acerca de sua identificação. No entanto, com a edição da Lei nº 12654/12⁴⁷, essa identificação poderá ser realizada por meio da coleta de material genético em determinados casos especificados na própria Lei, com o fim de serem esses dados posteriormente armazenados em Bancos de Dados.

Apesar disso, surgem diversas celeumas quanto ao prazo de armazenamento desses perfis. Com o surgimento do art. 7º-A da Lei nº 12037/09⁴⁸, ao tratar do prazo de permanência desses registros genéticos nos bancos de dados, dispõe que estes permanecerão disponíveis pelo prazo prescricional do delitotipificado. No entanto, não determina especificamente sua aplicação, ou seja, em quais situações o registro poderá permanecer, se é aplicada somente aos casos de investigação policial ou também ao processo penal.

Desse modo, a indeterminação acerca das situações específicas da aplicação deste dispositivo podem vir a gerar insegurança jurídica e violações a direitos do indivíduo registrado.

Ademais, a Lei nº 12.654/12⁴⁹, que introduziu o art. 7º-A na lei de identificação criminal, também trouxe modificações para a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84⁵⁰), inserindo o seu artigo 9º-A⁵¹, o qual dispõe sobre a obrigatoriedade da identificação genética de condenados por crimes dolosos, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/90⁵² (lei de crimes hediondos).

Entretanto, não houve correspondência entre as Leis, ou seja, o legislador, na Lei de Identificação Criminal, em seu art. 7º-A⁵³, não reservou sua aplicação às situações específicas tratadas no art. 9º-A da Lei de Execuções Penais⁵⁴. Logo, a interpretação da norma se torna ampliativa, podendo ser aplicada em qualquer caso, não somente nos casos obrigatórios de coleta de perfil genético do art. 9º-A da Lei de Execuções Penais⁵⁵, mas também para delitos menos graves que ainda estão em fase de investigação policial, desde que haja decisão judicial fundamentando sua essencialidade para a persecução penal.

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17785&revista_caderno=22>. Acesso em 07 abr. 2019.

⁴⁶BRASIL, op.cit., nota 3.

⁴⁷BRASIL, op.cit., nota 5.

⁴⁸BRASIL, op.cit., nota 3.

⁴⁹BRASIL, op.cit., nota 5.

⁵⁰BRASIL, op.cit., nota 4.

⁵¹ Ibid.

⁵²BRASIL, *Lei nº 8072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

⁵³BRASIL, op.cit., nota 3.

⁵⁴BRASIL, op.cit., nota 4.

⁵⁵ Ibid.

Portanto, a coleta do material genético ocorre somente em duas hipóteses: para fins e investigação policial ou para os indivíduos condenados na forma do art. 9º-A da Lei de Execuções Penais⁵⁶.

Todavia, questiona-se: no caso do registro de um indivíduo indiciado, que posteriormente teve seu indiciamento cancelado, a permanência desse registro no cadastro criminal sem qualquer motivo geraria algum tipo de violação a intimidade desse indivíduo? Não há resposta para tal questionamento, já que, como outrora exposto, a Lei não especificou os casos de cancelamento ou indisponibilidade desse tipo de registro; além de sequer haver cominação de delito específicos para a aplicação do prazo prescricional de cancelamento do registro, já que houve “desindiciamento”.

Logo, o legislador, ao criar o art. 7º-A, Lei nº 12654/12⁵⁷, limitou-se a uma norma genérica, impossibilitado a certeza de sua aplicação a determinadas situações em que não há resposta.

Ademais, outro ponto a ser questionado encontra-se no fato de que, apesar de serem registros sigilosos, seu uso inadequado poderia gerar prejuízos aos indivíduos registrados, inclusive nos casos em que o registro foi decisivo para a absolvição ou exclusão do indivíduo, tanto do processo judicial, quanto do administrativo (inquérito policial).

Nesse sentido, Jessé Lindoso Rodrigues, Yasmim Pinto Leite e Thayara Castelo Branco⁵⁸ apontam que “uma das reflexões propostas refere-se justamente à possibilidade de manipulação inadequada do material genético constante dos bancos de dados genéticos de forma a validar, agora com base científica, a estigmatização e a discriminação”.

Entretanto, na maioria dos países estrangeiros as informações permanecem nos Bancos de Dados até a prescrição do crime, sendo que em países como Inglaterra, Noruega e Áustria, a permanência dos dados na base se dá por tempo indefinido⁵⁹. Assim, nota-se que a permissão dos perfis genéticos em tais países possui segurança jurídica suficiente à eficácia da persecução penal, fato que influenciou de veras a edição da Lei nº 12.654/12⁶⁰.

⁵⁶Ibid.

⁵⁷BRASIL, op.cit., nota 5.

⁵⁸ RODRIGUES, Jessé Lindoso; LEITE, Yasmim Pinto, BRANCO, Thayara Castelo. Discussões acerca da constitucionalidade da prova pericial obtida por meio de banco de dados de perfil genético. *Revista Ceuma Perspectivas*, v. 30, 2017. Disponível em: <http://www.ceuma.br/portalderevistas/index.php/RCCP/article/view/101>. Acesso em: 08 abr. 2019.

⁵⁹RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire; OLIVEIRA, Camila Martins de. *Bancos de dados de perfis genéticos para fins de persecução criminal: reflexões bioéticas e jurídicas*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b3bd97e8225ba74>. Acesso em: 16 out. 2019.

⁶⁰BRASIL, op.cit., nota 5.

3. O RECENTE SURGIMENTO DO BANCO DE DADOS NACIONAL FACE AO DIREITO COMPARADO

O DNA só foi descoberto no ano de 1953, porém o primeiro exame de DNA realizado na história ocorreu apenas em 1987, na Inglaterra, servindo como meio de prova na investigação de um homicídio. A partir disso, a utilização do DNA para revelar crimes que deixam vestígios passou a ser aceita em diversos países, já que tratava-se de meio de prova eficiente para inocentar pessoas condenadas erroneamente, assim como condenar os reais autores do delito.

De acordo com o Ministério da Justiça⁶¹:

[...] O banco dos Estados Unidos armazena mais de 13,5 milhões de perfis genéticos de condenados, cerca de 895 mil perfis de vestígios de local de crime. As informações auxiliaram mais de 428 mil investigações criminais nos EUA. O banco do Reino Unido é considerado o mais eficiente do mundo, armazena o perfil genético de mais de 5 milhões de indivíduos suspeitos de cometerem crimes.

Da análise dos números acima citados, verifica-se que muitos países desenvolvidos já se utilizam do armazenamento de perfis genéticos em bancos de dados com o fim de auxiliar em investigações e processos criminais, como uma forma eficiente para a solução de crimes.

Dessa maneira, a maioria dos países europeus permite, como regra geral, a coleta e o armazenamento de amostras de DNA. No entanto, a compulsoriedade do exame pericial possui certas limitações.

Segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁶² “[...] o armazenamento, em bancos de dados estatais, de perfis genéticos de condenados por crimes graves não viola o direito à privacidade, por se tratar de medida justificada e proporcional”.

Além dessa decisão, em outras originárias do mesmo Tribunal Europeu⁶³, considerou-se a coleta de material genético uma intervenção proporcional, com o objetivo de “prevenção e investigação de crimes, além da proteção dos direitos e liberdades de outros, sendo, portanto, consideradas necessárias em uma sociedade democrática”.

⁶¹ BRASIL. Ministério da Justiça. *Banco Nacional de Perfis Genéticos: uma ferramenta eficiente para elucidação de crimes*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1556212211.45>>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de jurisprudência internacional: Coleta de material genético para fins criminais*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa5Coletadematerialgenticoparafinscriminais.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁶³Ibid.

Desta forma, verifica-se que o direito europeu vem entendendo pela possibilidade de armazenamento de material genético sem que seja considerada violação a direito fundamental, desde que a medida seja justificada e proporcional.

No entanto, para o direito alemão, a ingerência compulsória na individualidade do indivíduo é amparada pelo StPO⁶⁴ (*Strafprozessordnung*), que é o Código de Processo Penal Alemão, ou seja, a coleta compulsória de perfil genético é permitida na própria lei alemã.

Segundo o StPO⁶⁵ (Código Processual Penal Alemão) em seu § 81h (*DNA-Reihenuntersuchung*)⁶⁶, se o acusado for suspeito de ofensas criminais graves, pode ser submetido a testes genéticos para identificação de DNA. O mesmo dispositivo legal determina que a perícia sem o consentimento do acusado só pode ser ordenada com autorização do Tribunal.

No mesmo sentido da permissão do Código de Processo Penal Alemão, Claus Roxin⁶⁷ entende que “[...] deve suportar intervenções corporais que possam contribuir definitivamente ao reconhecimento de sua culpabilidade como, por exemplo, deixar que se extraia sangue para aclarar eventual responsabilidade.”

Ademais, de acordo com uma decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha⁶⁸, para que haja a submissão do indivíduo à coleta compulsória, “é necessário que o Tribunal apresente razões fundamentadas para supor que o indivíduo poderá ser submetido a novo processo criminal por crime de substancial importância (...)”.

Portanto, segundo a Lei e a corte alemã, para que o indivíduo seja submetido à coleta obrigatória de material genético e consequente armazenagem desses dados, é necessária a análise da gravidade do crime pelo Tribunal e o objetivo ao qual os dados se destinam a servir, ou seja, é necessária a reserva de jurisdição fundamentada.

Pode-se perceber, assim, que o entendimento acertado na Lei nº 12654/12⁶⁹ segue a mesma linha do Código Processual Penal Alemão⁷⁰. Consoante determina o art. 9º-A da Lei nº 7.210/84⁷¹, desde que autorizado judicialmente, serão submetidos obrigatoriamente a coleta de DNA os condenados por crimes hediondos ou por crimes doloso, praticados com violência

⁶⁴ ALEMANHA. *Strafprozeßordnung – StPO [Código de Processo Penal Alemão]*. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Tradução: triagem de DNA.

⁶⁷ ROXIN, apud MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *A identificação compulsória pelo perfil genético e a hipérbole do direito ao silêncio*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58233/a-identificacao-compulsoria-pelo-perfil-genetico-e-a-hiperbole-do-direito-ao-silencio/1>>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁶⁸ BRASIL, op. cit., nota 62.

⁶⁹ BRASIL, op. cit., nota 5.

⁷⁰ ALEMANHA, op. cit., nota 64.

⁷¹ BRASIL, op. cit., nota 4.

grave, contra pessoa. Tal dispositivo encontra similaridade com o que prescreve a Lei alemã, tendo em vista que esta permite, para crimes graves, a obrigatoriedade da coleta de DNA, sem consentimento do indivíduo, contanto que haja permissão judicial.

Já para o direito norte-americano, entende-se que a coleta compulsória de material genético, como regra geral, não viola o direito a não autoincriminação disposto na quinta emenda da Constituição Norte-Americana.

A Suprema Corte Norte-Americana, no caso *Schmerber v. California*⁷² (1966), ao analisar o conflito entre o direito a não autoincriminação e a coleta de material genético⁷³:

[...] adotou a clássica distinção entre os procedimentos coativos que requerem a participação ativa do acusado daqueles em que o acusado trata-se apenas de uma simples fonte passiva de elementos de prova contra si próprio. Nessa segunda situação, entendeu não haver violação ao *nemotenetur se detegere*.

Nesse diapasão, a Suprema Corte entendeu que a coleta compulsória de DNA não viola o direito constitucional a não autoincriminação, em razão de existir uma diferença entre testemunho oral e evidências físicas, circunstância esta que não seria englobada pela Quinta Emenda Constitucional. Segundo esta, o privilégio contra a autoincriminação somente refere-se a testemunhos orais contra si próprio, ou seja, não menciona produção de provas físicas contra si mesmo.

Além disso, no mesmo julgamento, também deduziu-se que não viola o direito constitucional a ausência de mandado judicial quanto a permissão para realizar a coleta compulsória de DNA. A Corte Constitucional entendeu que, apesar da Quarta Emenda constitucional proibir a busca e apreensão sem autorização judicial, a colheita de provas era urgente, diante da possível perda da mesma (similar à prova não repetível do direito brasileiro).

Nessa toada, a Suprema Corte norte-americana manteve o entendimento no sentido de que a coleta compulsória de evidências físicas não viola o direito constitucional a não autoincriminação, desde que haja um mandado judicial, salvo nos casos de provas urgentes.

Portanto, diferentemente do direito brasileiro, o direito norte-americano não exige reserva judicial, em casos de urgência, para a submeter um indivíduo ao exame de DNA.

⁷²ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S.SupremeCourt. *Schmerber v. California*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/#tab-opinion-1946161>>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁷³JACQUES, Guilherme Silveira; ANSELMO, Márcio Adriano. *Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em: 17 set. 2019.

Todavia, a Lei nº 12654/12⁷⁴ se compatibiliza com o entendimento jurisprudencial norte-americano no sentido da permissão da coleta compulsória de material genético.

Por fim, no intuito de implementar um sistema eficaz de armazenamento de dados genéticos individuais, o Brasil criou um banco de dados de perfil genético nacional respaldado no CODIS norte-americano. O sistema CODIS (*Combined DNA Index System*), que é um sistema nacional de dados utilizado pelo FBI (*Federal Bureau Investigation*), o qual permite o compartilhamento de dados em todos os territórios do país.

Diante da eficácia desse sistema, originou-se no Brasil a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, conhecido como RIBPG, criado em 2013, por meio do Decreto nº 7950⁷⁵. Segundo o Ministério da Justiça⁷⁶, por meio dessa rede objetiva-se “propiciar o intercâmbio de perfis genéticos de interesse da Justiça, obtidos em laboratórios de perícia oficial” e “destina-se a subsidiar a apuração criminal e a identificação de pessoas desaparecidas”. Desse modo, a criação do RIBPG teve o intuito de armazenar dados relativos ao perfil genético de pessoas envolvidas em crimes para contribuir em investigações e eventuais ações penais. Trata-se da coleta de DNA, ou seja, elemento biológico que diferencia um ser humano de outro, viabilizando a identificação dos reais envolvidos no delito.

Sendo assim, o Brasil espelha-se no que tange ao tema identificação criminal em países que permitem o armazenamento e a coleta compulsória em bancos de dados governamentais, inclusive a lei nacional instituidora do RIBPG possui muita similaridade com o entendimento permissivo do direito comparado.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa analisou os pontos controvertidos trazidos pela Lei nº 12654/12, a qual autorizou a coleta compulsória de material biológico nos casos previstos na própria Lei. A coleta de DNA como meio de prova eficaz para a persecução penal, apesar de possuir uma análise precisa, traz inúmeras controvérsias, tais como a pressuposta violação do direito constitucional da presunção de inocência.

Com a criação do banco de dados nacional, possibilitou-se o armazenamento de dados genéticos relativos à identificação de indivíduos, fornecendo meios mais eficazes para a

⁷⁴BRASIL, op.cit., nota 5.

⁷⁵BRASIL. *Decreto nº 7.950*, de 12 de março de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁷⁶BRASIL. Ministério da Segurança Pública. *Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG)*. Disponível em: < <http://www.seguranca.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg>>. Acesso em: 17 set. 2019.

aplicação do *ius puniendi* estatal. Ao realizar o cruzamento de dados em crimes que deixam vestígios, tanto a autoridade policial, quanto judicial poderiam excluir indivíduos comprovadamente inocentes da persecução criminal. Portanto, a criação de bancos de dados, com a finalidade de armazenagem de dados identificadores, trouxe um avanço no que diz respeito à investigação criminal, viabilizando a dispensa do constrangimento de passar pelo processo criminal para indivíduos inocentes, assim como a absolvição de condenados por erro do Judiciário em revisão criminal.

A Lei nº 12654/12 possibilitou que essa armazenagem de dados fosse precedida de uma coleta compulsória, ou seja, o indivíduo investigado ou condenado deverá se submeter ao exame, desde que haja autorização judicial para tanto. Tal compulsoriedade veio de encontro ao direito da defesa de não se autoincriminar, já que obrigaria o sujeito a se submeter a coleta de prova contra sua vontade e em seu desfavor.

No entanto, como nenhum direito é absoluto, o direito a não autoincriminação também não poderia ser considerado como tal. Portanto, o fato de haver uma autorização legal mitigando um direito, em tese, não violaria tal direito, visto que a coleta compulsória além de se submeter a requisitos específicos e fundamentados, deve haver a reserva jurisdicional para sua realização.

Desse modo, o entendimento que chegou este pesquisador é de que a questão deve ser analisada com cautela, não podendo levar a uma análise totalmente pró defesa ou pró acusação, mas encontrar um equilíbrio que tutele os direitos individuais e a eficácia da tutela jurisdicional, visto a notória existência de medidas cautelares legais com os mesmos requisitos, as quais também relativizam direitos.

Ademais, a Lei nº 12654/12 dispôs que o prazo de permanência desses dados em armazenagem vigora pelo período de prescrição do crime. Entretanto, a mesma Lei não especificou em quais casos os dados devem ser armazenados. Pressupõe-se que se aplica em quaisquer casos trazidos pelos art. 5º-A da Lei de Identificação Criminal e do art. 9-A da Lei de Execução Penal. No entanto, caso um indivíduo seja excluído da investigação por ausência de autoria após realizar a coleta de material biológico, seus dados deverão constar pelo período de prescrição de um crime que sequer cometeu. Logo, percebe-se que a Lei foi omissa em casos como este, inexistindo uma solução legal.

Por fim, apesar de tais lacunas e controvérsias, a Lei nº 12654/12 traz requisitos similares aos que dispõe o direito comparado. Segundo a jurisprudência da Corte Norte-Americana e a Lei Processual Penal Alemã, a coleta de material genético e seu posterior armazenamento em bancos de dados pode ser compulsória, desde que autorizada por um Juiz

competente e preenchidos os requisitos de essencialidade e gravidade do fato. Portanto, nota-se que legislador brasileiro visitou os ordenamentos jurídicos estrangeiros e coletou elementos que foram importantes para a criação da Lei, diante do sucesso na experiência de tais países com a coleta compulsória e o armazenamento de dados.

Nesse sentido, as disposições trazidas pela Lei devem sofrer uma análise pormenorizada, verificando-se a sua viabilidade na realidade social em comparação com os países do direito comparado. Países cujo sucesso na criação e armazenagem de material biológico em bancos de dados efetivou drasticamente a persecução criminal.

Dessa forma, restou evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que a Lei nº 12654 possui legitimidade, eis que não há uma negação ao princípio constitucional a não autoincriminação, mas uma mitigação.

Portanto, existem ainda várias questões sem respostas a serem delimitadas e acertadas para uma correta aplicação da Lei, com o fim de evitar-se violações a direitos fundamentais. Deve-se aguardar a decisão de uniformização do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 973837/MG, a fim de que se obtenha uma orientação jurisprudencial conclusiva acerca das controvérsias sobre a matéria, a qual, por enquanto, limita-se a entendimentos doutrinários e legais.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Strafprozeßordnung– StPO [Código de Processo Penal Alemão]*. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>>. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. *Resolução nº 3*, de 26 de março de 2014. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25511793_RESOLUCAO_N_3_DE_26_DE_MARCO_DE_2014>. Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. *Resolução nº 10*, de 14 de março de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/66952743>. Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Decreto nº 678*, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 31 ago. 2019.



_____. *Decreto n° 7.950*, de 12 de março de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm>. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. *Lei n° 12037*, de 1° de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Lei n° 12654*, de 28 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm> Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Lei n° 7210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Lei n° 8072*, de 25 de jul. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. Ministério da Justiça. *Banco Nacional de Perfis Genéticos: uma ferramenta eficiente para elucidação de crimes*. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1556212211.45>>. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Ministério da Segurança Pública. *Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG)*. Disponível em: <<http://www.seguranca.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg>>. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de jurisprudência internacional: Coleta de material genético para fins criminais*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa5Coletadematerialgeneticoparafinscriminais.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 973837*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

CARVALHO, Otávio Luiz de. *Reflexões e análise de constitucionalidade acerca da coleta de perfil genético do investigado e do condenado*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 152, set 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17785&revista_caderno=22>. Acesso em: 07 abr. 2019.

DODGE, Raquel. *Parecer n° 07/2017 – AJCR/SGJ/PGR*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE973837_coletamaterialgenetico.pdf>. Acesso em: 02 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. SupremeCourt. *Schmerber v. California*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/#tab-opinion-1946161>>. Acesso em: 17 set. 2019.

JACQUES, Guilherme Silveira; ANSELMO, Márcio Adriano. *Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em: 17 set. 2019.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *A identificação compulsória pelo perfil genético e a hipérbole do direito ao silêncio*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58233/a-identificacao-compulsoria-pelo-perfil-genetico-e-a-hiperbole-do-direito-ao-silencio/1>>. Acesso em: 17 set. 2019.

RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire; OLIVEIRA, Camila Martins de. *Bancos de dados de perfis genéticos para fins de persecução criminal: reflexões bioéticas e jurídicas*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b3bd97e8225ba74>>. Acesso em: 16 out. 2019.

RODRIGUES, Jessé Lindoso; LEITE, Yasmim Pinto, BRANCO, Thayara Castelo. Discussões acerca da constitucionalidade da prova pericial obtida por meio de banco de dados de perfil genético. *Revista Ceuma Perspectivas*, vol. 30, 2017. Disponível em: <<http://www.ceuma.br/portalderevistas/index.php/RCCP/article/view/101>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

A EFETIVIDADE DO *COMPLIANCE* CRIMINAL NA LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO

Pedro Henrique Jatobá Marques

Graduado pela Universidade de Direito
Candido Mendes. Advogado

Resumo – A corrupção no Brasil não é novidade. Analisando a história brasileira, pode-se verificar que ela vem acompanhando a sociedade desde sempre. A diferença é que nos dias atuais, parece que a população espera pelo seu fim, mas a maior dificuldade é combater um mal que se encontra em todos os cantos, mesmo que não se saiba realmente o que ela significa. O *compliance* vem se mostrando um método mais eficaz nesse combate a curto prazo. E, por conta disso, a advocacia se mostra uma excelente profissão para que haja o combate efetivo à corrupção.

Palavras-chave – Direito Empresarial. Direito Criminal. *Compliance*. Corrupção. Efetividade

Sumário – Introdução. 1. Até que ponto uma visão limitada e reducionista do conceito de “corrupção” distorce o fenômeno sócio-jurídico e torna ineficazes as medidas de combate a ela? 2. Qual o verdadeiro papel do advogado no combate à corrupção? 3. O *Compliance* realmente tem alguma efetividade no combate à corrupção? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Corrupção não é um mal sofrido apenas no Brasil, é um mal em todo o mundo, desde muito antes de essa geração vir a existir. No Brasil, o primeiro relato de corrupção aconteceu em 1º de Maio de 1.500, quando Pero Vaz envia a carta encaminhada ao rei sobre o descobrimento do Brasil. Nessa carta, Pero Vaz usa de sua influência para pedir a soltura do seu então genro, que havia sido preso.

O primeiro capítulo visa destacar que a corrupção não é algo dos dias atuais, muito menos do século passado, bem como, também serão retratados os tipos existentes no Brasil. O que ocorre, é que a corrupção foi se moldando, e muitas vezes se mascarando sob atos que muitos não sabem tratar-se desta, fazendo com que ficasse cada vez mais difícil percebê-la.

Já no segundo capítulo será demonstrada a importância do exercício da advocacia no combate a corrupção, surgindo assim, uma oportunidade para que os advogados trabalhem junto aos empresários. Esta parceria não se dará somente judicialmente, mas antes mesmo de chegar ao litígio judicial. Ficará demonstrado que, em razão dos escândalos de corrupção no início da década de 1990 nos EUA, acionistas perceberam que deveriam adotar novas regras para aplicar às suas sociedades empresariais. Dessa maneira, evitariam abusos de

ambas as partes, tanto dos funcionários abaixo na hierarquia, quanto dos seus diretores. Começou assim, a então chamada Governança Corporativa.

No terceiro capítulo, será demonstrado que dentro da Governança Corporativa, existem quatro princípios, o *disclosure, fairness, accountability* e o *compliance*. O *Compliance* é o mais próximo do ramo do Direito. Trata-se, a grosso modo, do respeito ao cumprimento das leis. Dentro desse universo do *Compliance*, existe a especialização do *Compliance Criminal*, que foca no combate exatamente das corrupções exacerbadas nas pessoas jurídicas, tanto privadas, quanto públicas.

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 será, portanto, a aplicada-quantitativa, já que o estudo será dividido em duas partes. A primeira tem a finalidade de demonstrar um conhecimento que pode ser usado na vida real. Já a segunda, numa análise objetiva, visa analisar estatísticas comprovando a aplicação do estudo na vida real.

1. ATÉ QUE PONTO UMA VISÃO LIMITADA E REDUCIONISTA DO CONCEITO DE “CORRUPÇÃO” DISTORCE O FENÔMENO SÓCIO-JURÍDICO E TORNA INEFICAZES AS MEDIDAS DE COMBATE A ELA?

Para ir à guerra é preciso saber contra quem se está lutando, e é com esse pensamento que deve-se analisar o combate à corrupção. Para enfrentá-la, é preciso saber o seu real significado e como ela atinge a sociedade. Com a proporção dos diversos acontecimentos das últimas décadas, tendo como exemplo o "mensalão" e a "lava-jato", o povo brasileiro ficou preso a uma visão limitada da corrupção. Percebe-se que a sociedade vê a corrupção como apenas o ato de entregar dinheiro em troca de algum benefício. Dessa maneira, o primeiro passo a ser feito é entendê-la desde quando surgiu até os seus tipos existentes.

Em se tratando do Brasil, a primeira corrupção que se tem conhecimento, foi a de Pero Vaz de Caminha. Nos longínquos 1.500 D.C., na carta em que os historiadores dizem ser a certidão de nascimento do Brasil, havia um singelo pedido ao então rei Manuel I. No

pedido, Pero Vaz solicitava um "favor" ao alto escalão da realeza para soltar o seu genro, que havia sido preso por assaltar uma igreja e agredir o padre daquela congregação¹.

Como é perceptível, não houve um pedido ao rei com oferecimento de dinheiro algum. E por que isso seria então corrupção? Infelizmente, na sociedade brasileira, o entendimento sobre corrupção se limita ao fato de que haja uma vantagem econômica na prática do ato. Conforme disposto no Código Penal Brasileiro, para caracterizar a corrupção passiva e a ativa, deve haver qualquer tipo de vantagem, não sendo apenas a econômica.

Obviamente que, quando ocorre a corrupção envolvendo dinheiro, fica muito mais fácil de se ver o crime propriamente dito. Por essas razões, com a finalidade de excluir a visão limitada da corrupção, deve-se primeiro analisar os três tipos de corrupção existentes. Uma doutrina minoritária traz, ainda, uma quarta espécie².

Quanto às espécies de corrupção, existe uma quese mascara. É um tipo combatido não como a corrupção em si, mas sim como mera falta de ética. O que a população acredita ser apenas falta de educação, é visto pela doutrina³ como o pior tipo existente. Essa é a que fomenta todas as outras, e assim, será demonstrado que combater as demais camadas corruptivas não adiantará se a primeira for ignorada.

O primeiro tipo de corrupção a ser falado é a corrupção endêmica⁴. Ela atinge a sociedade como um todo, pois está enraizada no cotidiano e é comumente chamada de “falta de educação”, ou então de “jeitinhobrasileiro”. Furar fila do banco e copiar o trabalho do colega como se seu fosse, não são simples problemas éticos, e sim, a primeira camada dacorrupção.

A diferença é que o Código Penal⁵ não se preocupa com essas atitudes corruptoras, e sim com as ações onde envolve a presença de um agente público. Pela leitura dos tipos penais, a presença deste personagem é essencial para configurar o crime. Esse tipo de corrupção é o combustível da chama, uma vez que, mesmo que as outras sejam combatidas, esta irá

¹ ECOVIAGEM. *Qual foi o primeiro caso de corrupção no Brasil?* Disponível em: <<https://ecoviagem.com.br/noticias/curiosidades/historia/qual-foi-o-primeiro-caso-de-corrupcao-na-historia-do-brasil--18807.asp>> Acesso em: 16 out. 2019.

² IDWALL. *Quais os tipos de corrupção no Brasil?* Disponível em: <https://blog.idwall.co/corrupcao-tipos-no-brasil/?utm_source=google&utm_medium=blog&utm_campaign=rastreamento_posts_blog&utm_term=compliance&utm_content=https%3A%2F%2Fblog.idwall.co%2Fglossario-compliance-terminos-conhecer%2F> Acesso em: 16 out. 2019.

³ YOUTUBE. *Corrupção sistêmica, endêmica e sincrônica: é possível vencer!* (Luiz Hanns). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EGjVH06nUOw&t=1s>> Acesso em: 26 mai. 2020.

⁴ Ibidem.

⁵ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 09 mar. 2020.

fomentá-las. Uma norma que organiza o sistema de filas de um banco, é um exemplo do enfrentamento à esta camada corruptora.

O segundo tipo de corrupção é mais fácil de ser analisado. É a corrupção sistêmica. Como o próprio nome já diz, ela atinge o sistema e diversos setores da sociedade, principalmente o governo e as grandes empresas. A grosso modo, é quando o corruptor se torna parte do sistema. Quando o agente público recebe dinheiro, mas não registra nem a sua entrada e nem a sua saída, ele pratica o “caixa 2”, que é o exemplo claro dessa contaminação do sistema.

Analisando-a, vê-se que ela se enquadra melhor nos tipos penais do Código Penal Brasileiro. É possível então, ver claramente que esta é a corrupção noticiada nos jornais, envolvendo as grandes empresas e empresários influentes no país, sendo estes por vezes estrangeiros, e, também, políticos da República Brasileira. No ordenamento brasileiro, o jeito de se resolver esse problema, é a prisão. Acredita-se então que, depois de praticado o crime é só responsabilizar o autor da conduta com a prisão. Porém, o combate à corrupção não se preocupa com o próximo agente que vier a assumir o cargo, tanto do lado político, quanto do lado empresarial, o que não evita que a ação corruptora seja continuada.

Como terceiro tipo de corrupção, tem-se a corrupção sindrômica. Essa corrupção seria a união da primeira e da segunda dita anteriormente. É a mistura da “falta de educação” com o sistema corrompido, com a adição da burocracia exacerbada no Brasil. A quantidade imensa de legislação tributária, ambiental, trabalhista, entre outras, facilita a terceira corrupção. Nas grandes sociedades empresariais brasileiras, a maior parte é de empresários que não tem conhecimento profundo das leis. Tratam-se de pessoas comuns, sem estudos jurídicos que investiram em algum ramo e chegaram a certo posto empresarial. Por este fato, é ocasionado o descumprimento de diversas regras, onde as sociedades empresariais acabam por pagar subornos aos fiscais da fazenda, com o fim de que sua empresa não seja multada.

Vê-se então, que a presença de diversas leis, muitas vezes desnecessárias, fortalece essa terceira corrupção, já que, em sua maioria, os sócios, por não serem do ramo jurídico, não as conhece em sua totalidade. Vale ressaltar que, além de imensas leis no Brasil, ainda tem-se diversas agências reguladoras que editam normas diariamente. E por isso, o cientista político Bo Rothstein⁶ afirma que essa situação forma uma armadilha social, onde uma pessoa que é honesta acaba se tornando omissa ou se envolve com irregularidades por conta da

⁶ FOLHAPE. *Faces da corrupção: um mal que atinge a sociedade brasileira*. Disponível em: <<https://folhape.com.br/politica/politica/politica/2018/04/01/NWS,63708,7,547,POLITICA,2193-FACES-CORRUPCAO-MAL-QUE-ATINGE-SOCIEDADE-BRASILEIRA.aspx>> Acesso em: 09 mar. 2020

imensa burocratização do sistema brasileiro. O suborno e a fraude nas licitações, são exemplos dessa terceira corrupção.

Como quarto tipo de corrupção, existe a corrupção preditiva. Para muitos doutrinadores, esta está dentro da corrupção sistêmica e sindrômica. Inserta ou não, a preditiva trata do famoso *lobby*. Nesse caso, empresários com interesses econômicos fecham acordos entre si para apoiar algum candidato à qualquer cargo político, com o fim de conseguir vantagens futuramente. Infelizmente, nesse caso a população paga pelo preço.

Exemplo recente de um possível *lobby* que acarretou prejuízo à sociedade foi a cobrança pelas bagagens em voos nacionais e internacionais. A agência reguladora do caso, a ANAC, permitiu a cobrança, com a condição de que os preços das passagens diminuíssem. Como resultado final dessa nova regra, a ANAC está sendo investigada por possível *lobby* das empresas aéreas. Fica aqui demonstrado o exacerbado controle público que acarretou na corrupção.

Após a exposição dos tipos de corrupção mais conceituados pelos cientistas políticos, percebe-se que a corrupção vai muito além do próprio fato de receber dinheiro para ter vantagem em alguma área. A sociedade se limitou a tal entendimento e, por conta disso, tenta-se lutar por uma parte ínfima da corrupção no Brasil. Se você tem uma visão pequena sobre todo o problema, você só irá derrotar o problema pequeno, se conseguir. Se você combater apenas a corrupção que ocorre nos políticos, a fogueira continuará acesa, já que, entre os particulares, a corrupção continua.

Michael Sandel, em recente visita ao Brasil, afirmou que o brasileiro gosta de condenar a corrupção pública, mas quando se trata de corrupção privada, ele é "tolerante"⁷. Vê-se então que, o pensamento brasileiro de apenas combater a corrupção pública não adiantará, já que a privada a fomenta diariamente.

2. QUAL O VERDADEIRO PAPEL DO ADVOGADO NO COMBATE À CORRUPÇÃO?

Como dito no capítulo anterior, o Brasil tem uma quantidade enorme de normas. O Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT realizou uma pesquisa que descobriu que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até 2017, foram

⁷ OGLOBO. *Luciano Huck recebe o filósofo Michael Sandel e fala sobre o "jeitinho brasileiro"*. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/5072042/>> Acesso em: 16 out. 2019.

editados mais de 5,4 milhões de textos normativos, dando em média 769 textos normativos por dia⁸.

Só de olhar por esse caminho, é possível chegar a uma análise que se manter de acordo com as normas brasileiras, demanda um cuidado maior. Hoje, o que é permitido, amanhã já não será mais. Acontece que, analisando o perfil dos empresários brasileiros e juntando a essa quantidade exacerbada de normas, chega-se a conclusão do porque o advogado é tão importante não participação das sociedades empresariais.

O estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação teve o cuidado de separar os tipos de normas que são editadas. Nele, viu-se que, de normas federais, foram 163.129 normas editadas, de normas estaduais, 1.460.985 e de normas municipais foram 3.847.866. Isso demonstra que, com certeza, o empresário tem que ficar esperto com as mais de 160.000 mil normas federais editadas⁹ nesse espaço de tempo, pois são normas de âmbito federal, ou seja, atingem o país todo.

Fazendo breve cálculo, o resultado que se encontra é de que, em 29 anos o Brasil editou 5.620 normas, dando em média 15 normas federais por dia. Ou seja, o empresário levanta da sua cama todo dia, tendo que se preocupar com clientes, funcionários, materiais, compra, venda e com 15 novas leis, que podem ou não atingir o seu negócio. Lembrando que foram excluídas dessa conta as normas estaduais, que com certeza o empresário deve se atentar para as que são editadas em seu Estado de atuação.

Dentre as razões para que haja tanta norma editada no ordenamento jurídico brasileiro, a constitucionalista, Vera Chemim explica que¹⁰:

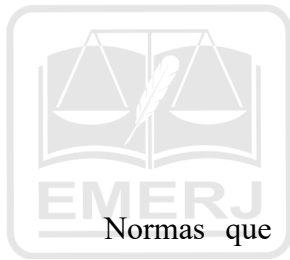
O Legislativo tende a “criar leis” que internalizam interesses particularistas e corporativistas decorrentes de “lobbies”, e que, por sua vez provocam o aumento de demandas sociais junto ao Poder Judiciário desembocando em suas diversas instâncias e gerando um processo de crescente judicialização da política e de conflitos entre os dois Poderes.

Não se deve prender-se à ideia de que as quinze normas federais editadas diariamente não serão importantes, pelo contrario, desde a promulgação da atual Constituição Federal, foram instituídas novas leis que muito alteram o funcionamento das empresas brasileiras.

⁸ IBPT. *Brasil edita cerca de 800 normas por dia, somando 5,4 milhões desde a Constituição de 1988*. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/noticia/2603/Brasil-edita-cerca-de-800-normas-por-dia-somando-5-4-milhoes-desde-a-Constituicao-de-1988>> Acesso em: 17 jul. 2019

⁹ CONJUR. *Brasil editou 5,4 milhões de normas desde a Constituição de 1988, diz estudo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-30/brasil-editou-54-milhoes-normas-1988-estudo>> Acesso em: 17 jul. 2019.

¹⁰ *Ibidem*.



Normas que mudaram mais do que consideravelmente a economia do país, gerando, conseqüentemente, mudanças bruscas no mercado e uma necessidade enorme de modificação por parte das sociedades empresariais, pois é de conhecimento público que a área tributária atinge diretamente o setor empresarial.

Desde 1988 foram criados os seguintes tributos: Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF; Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins; Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – Cide; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL; Programa de Integração Social Importação – PIS Importação; Cofins Importação; e Imposto sobre Serviços Importação. Apenas com esses tributos maiores, vê-se que a cada 4 anos, um tributo de função nacional é criado.

Por essa razão, já se consegue perceber a advocacia é uma ótima aliada para o mundo da sociedade empresarial, não somente pelo número exacerbado de normas. Analisando o perfil do empresário brasileiro, consegue-se perceber um *déficit* de educação nos empresários, tanto por falha do Brasil, como por falta de necessidade de algum tipo de estudo para esta profissão.

Em 2014, a média de tempo de estudo dos empreendedores no Brasil era de 7,9 anos. De todos os empresários, 1/3 destes não concluiu sequer o ensino fundamental. A situação se agrava quando vê-se que 9% de todos os empreendedores não tinham instrução alguma. Considerando os empresários que tem nível superior incompleto, completo ou acima deste, a porcentagem é de apenas 16%.¹¹

Por essa razão, comprova-se que a escolaridade dos empresários brasileiros é baixa. Isso dificulta demais qualquer tipo de intimidade entre o empresário e as leis brasileiras, tanto com as que já existem e com as que estão sendo editadas diariamente.

Obviamente que terão no Brasil exemplos de empresários que chegarão ao topo com baixa escolaridade. Eike Batista, que não concluiu qualquer graduação superior, é um exemplo. Juntando-se a ele, tem-se Samuel Klein, falecido no ano de 2014. Klein, fundador das Casas Bahia, só tinha o nível primário de escolaridade. O problema da educação não é apenas na área empresarial. De toda a população brasileira com 15 anos ou mais, mais de 11 milhões são analfabetos¹², e por conta disso não se pode dizer que a falta de escolaridade no meio empresarial não é porque acreditam os novos investidores que a instrução é desnecessária.

¹¹ DATASEBRAE. *Perfil dos empreendedores*. Disponível em: <<https://datasebrae.com.br/perfil-dos-empresarios/>> Acesso em: 18 jul. 2019.

¹² OGLOBO. *Brasil ainda tem 11,3 milhões de analfabetos*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/brasil-ainda-tem-113-milhoes-de-analfabetos-23745356>> Acesso em: 18 jul. 2019.

Dessa maneira, conclui-se o porque da necessidade do advogado. Ter alguém que irá te aconselhar nos negócios, nos dias atuais, não é luxo, é necessidade. O advogado será o funcionário que dará intimidade a legislação. Através deste, aquela dor de cabeça de acordar cedo e ter que se preocupar com novas normas editadas, será substituída por uma ligação do advogado informando que não há nadanovo que deva ser preocupante.

O advogado auxiliará o empresário brasileiro a estar em *compliance* com as leis brasileiras. Estar em *compliance* é nada mais do que agir em sintonia com as regras. O advogado é o profissional específico para que a sociedade empresária esteja adequada às normas. Tendo um profissional com tal fim, fica mais fácil de evitar possíveis descumprimentos da lei, *lato sensu*.

Não havendo descumprimento da norma, a chance de ocorrência de uma fraude ou de uma corrupção diminui drasticamente. Com esse auxílio da advocacia e a diminuição do infringimento das leis, haverá a diminuição do suborno.

O complexo sistema tributário nacional está como culpado do exacerbado erro cometido pelas sociedades empresariais. E, a simples escolha do regime de tributação pode acarretar tais acontecimentos e ilegalidades. Tal problema é facilmente resolvido por um advogado especializado na área de *compliance*. O advogado com esta especialização irá, após analisar as particularidades da sociedade empresarial, saber qual será o melhor regime tributário.

Por essas razões, pode-se concluir que o advogado não é apenas um funcionário que resolve problemas que já aconteceram, mas sim, um empregado que irá evitar que o litígio aconteça. Se o empresário brasileiro começar a olhar com esses olhos para o advogado, a chance de multas, de irregularidades e até de atos ilícitos irão diminuir. Tais medidas poderão, com certeza, ser o motivo de uma sociedade empresarial não falir.

A pessoa que acredita que o Eike Batista chegou aonde chegou sem a ajuda de um advogado está extremamente enganado. Certamente que a sua condenação na área criminal se deu pela forma de agir contrária à lei. O trabalho do advogado frente à empresa, não deve ser apenas de um simples empregado, mas sim de um mantedor da ordem e da ética jurídica.

3. COMPLIANCE COMO FORMA PREVENTIVA DE CORRUPÇÃO

Como visto no primeiro capítulo do presente artigo, há diversos fatores no sistema brasileiro que facilitam a corrupção. Foi mostrado o real significado da corrupção no mundo, e especificado como ocorre no Brasil. Diante disso, viu-se que a quantidade exacerbada de



normas vem a ser um fator forte para que a corrupção aconteça, isso porque não há intimidade entre os empresários e essas diversas leis. Dessa forma, foi demonstrado a importância do advogado para com os empresários para evitar os conflitos com a norma.

Nesse capítulo será demonstrado como é feito efetivamente esse trabalho da advocacia com os empresários. E é nesse momento que aparece o *compliance*. O *compliance* é uma palavra americana que vem do termo “*to comply*”. O significado do *compliance* é de que deve agir em sintonia com as regras¹³.

O nome já é autoexplicativo. O programa de *compliance* é instituído na sociedade empresarial para que sejam evitadas justamente as ilegalidades. O implemento deste programa serve para que a empresa não entre em conflito com as normas.

O *compliance* surgiu nos Estados Unidos da América por volta da década de 70, já que o governo americano, diante de escândalos de corrupção, passou a se preocupar com maneiras de se impedir que acontecesse novamente. Diante de tal preocupação, o governo criou uma lei para combater essa corrupção, a famosa “*Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*”. Essa lei fez com que, sociedades empresariais fossem punidas, penalmente, civilmente e administrativamente, não só por corrupções que acontecessem dentro do país, mas internacionalmente também.

Fala-se que o *compliance* veio para o Brasil por volta de 1992. Nessa época ocorria uma enorme competitividade entre as sociedades empresárias internacionais. Isso porque o então presidente Collor, abriu o mercado de ações, fazendo com que as sociedades empresárias brasileiras tivessem que se adequar com padrões éticos e que fossem tomadas medidas no combate a corrupção¹⁴.

Até o momento não foi dito que houve uma lei obrigando a implementação do *compliance* nas sociedades empresariais. Foi dito que algumas espécies destas sociedades tiveram que se adequar aos valores éticos internacionais, e é justamente para isso que a implementação do *compliance* vai servir. Para que a sociedade aja em sintonia com as regras.

O *chief compliance officer (CCO)*, é o profissional que fica a frente da organização do *compliance* na sociedade. O CCO é um profissional que tem a missão de garantir que todos os

¹³ ENDEAVOR. 2017. *Prevenindo com o Compliance para não remediar com o caixa*. Disponível em: <<https://endeavor.org.br/pessoas/compliance/>> Acesso em: 18 jul. 2019.

¹⁴ AURUM. *Entenda o que é compliance e como colocar em prática*. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/o-que-e-compliance/>> Acesso em: 18 jul. 2019.

procedimentos realizados pelos funcionários estão de acordo com os regulamentos internos e com as leis externas à empresa¹⁵.

Vê-se que não foi dito, em nenhum momento que o CCO deveria ser advogado. Porém, quem melhor do que o próprio advogado para adequar uma sociedade empresarial a todo tipo de norma? Volta-se ao pensamento do capítulo dois, em que se vê a necessária atuação da advocacia nessa área da sociedade empresarial.

Obviamente que a implementação do *compliance* dentro da sociedade empresarial vai requerer custos financeiros. Por essa razão, os empresários ainda são bastante preconceituosos em implementar programas dentro de suas empresas. Sociedades empresariais servem para dar lucro, e dizer à um empresário que ele precisa gastar dinheiro na sociedade, sem demonstrar retornos claros, fica muito difícil.

Por essa razão, foi feito um estudo sobre os lucros possíveis que a implementação do *compliance* pode dar a sociedade empresarial. Segundo Marcelo Coimbra e Vanessa Manzi,¹⁶ citando um estudo de Shilder, fala-se que a cada 1 dólar gasto com o programa de *compliance*, o empresário economiza 5 dólares, que seriam possivelmente gastos com processos judiciais, danos com a reputação da sociedade empresarial e com a perda da produtividade.

Deve-se deixar claro que um programa de *compliance* jamais será o mesmo em cada sociedade empresarial. Em 2018, no evento de lançamento da cartilha “*Compliance – Guia para as Organizações Brasileiras*”, o então Ministro da Transparência, Wagner de Campos Rosário, foi claro ao explicitar que não existe uma forma exata para o programa de *compliance*. Ele explicou que cada sociedade empresarial terá o seu programa, adequando às necessidades da sociedade¹⁷.

Como exemplo, numa sociedade empresarial, o *compliance* atuando na área trabalhista, é comprovado de que ele irá aumentar a produtividade de seus trabalhadores, já que evitará preconceitos, abusos hierárquicos e qualquer tipo de falta que possa ocorrer dentro do ambiente de trabalho. Além de trazer um ambiente sadio para o trabalhador, uma perspectiva de um trabalho tranquilo, evitará que a sociedade entre em conflito com a lei e, conseqüentemente, evita algum tipo de corrupção decorrente do descumprimento das normas.

¹⁵ EPOCANEgocios. *Conheça o ChiefCompliance Officer*. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Inspiração/Carreira/noticia/2015/09/conheca-o-chief-compliance-officer.html>> Acesso em: 18 set. 2019.

¹⁶ JUSBRASIL. *As vantagens econômicas da aplicação de políticas de compliance em empresas*. Disponível em: <<https://matheuscardosopoletto.jusbrasil.com.br/artigos/523182558/as-vantagens-economicas-da-aplicacao-de-politicas-de-compliance-em-empresas>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

¹⁷ ROSÁRIO, Wagner de Campos. *Anticorrupção e Compliance – A ação da Ordem e a atuação do Advogado*. Palestra realizada no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília, 2018.

Entendido o *compliance* e a sua forma de atuação, já se vê que sua implementação, nos dias atuais, é de suma importância para o combate à corrupção. No caso do desastre acontecido em Brumadinho – MG, no início de 2019, percebeu-se que por conta da falta de um programa íntegro de *compliance*, o desastre não foi evitado.

Conforme visto em diversas reportagens, foi emitido um laudo falso, para que as barragens parecem não auferir perigo à população e ao meio ambiente. O SEMAD (Secretaria de Estado de Meio-Ambiente e Desenvolvimento Sustentável) multou a Vale em mais de R\$330.000,00 (trezentos e trinta mil reais) porque a sociedade empresarial emitiu os laudos ambientais falsos¹⁸.

Conclui-se que o programa de *compliance* da Vale era meramente “fachada”, já que sociedades de ações abertas são obrigadas a terem programas de integridade. Existindo um programa correto, que realmente esteja presente para evitar esses problemas, com certeza tal tragédia poderia ter sido evitada., já que esse laudo falso jamais seria aceito pelo CCO. Um CCO não permitiria que corrupções como essa acontecessem e o rumo da história seria totalmente diferente, onde diversas vidas seriam poupadas.

Mas, os escândalos de corrupção na última década, fez com que os empresários começassem a pensar mais em implementar tais programas na sua sociedade empresarial. Com a vinda da Lei nº12.846/13, a Lei Anticorrupção¹⁹, penas severas foram criadas para as sociedades empresariais que descumprissem com as normas. Há, na Lei, multas de 20% do faturamento bruto anual da sociedade empresarial, e por isso, vê-se um aumento na implementação de programas de integridade nas sociedades empresariais.

Uma pesquisa realizada em 103 sociedades empresariais, realizada pela consultoria Deloitte em 2016, demonstrou que de 2013 a 2016, o número de sociedades que diziam ter um programa de *compliance* passou de 30% a 65%²⁰. Repare que o aumento veio exatamente na época do surgimento da Lava-Jato. Não é mera coincidência.

Portanto, analisando números, e como muitos dizem “os números não mentem”, conclui-se que a implementação do *compliance* nas sociedades empresariais está trazendo novos olhos pros empresários quanto a manter um programa de integridade eficiente na sua

¹⁸ HOJEEMDIA. SEMAD multa Vale em R\$ 330 mil por emitir falso laudo ambiental em relação à barragem de Brumadinho. Disponível em: <<https://www. hojeemdia.com.br/horizontes/semad-multa-vale-em-r-330-mil-por-emitir-falso-laudo-ambiental-em-relação-à-barragem-de-brumadinho-1.717154>> Acesso em: 18 set. 2019.

¹⁹BRASIL. Lei Anticorrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 27 mai. 2020.

²⁰ESTUDIOFOLHA. Mais empresas adotam práticas de compliance. Disponível em: <<http://estudio.folha.uol.com.br/petrobras/2017/06/1892322-mais-empresas-adotam-praticas-de-compliance.shtml>> Acesso em: 18 jul. 2019

sociedade. Consequentemente, esse mesmo programa está sendo o maior aliado no Brasil ao combate da corrupção. Evitar a corrupção sempre será mais eficiente do que punir quem a comete.

CONCLUSÃO

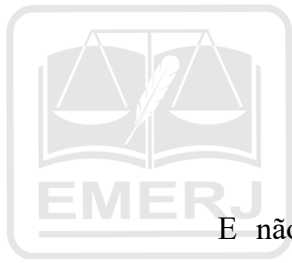
Esta pesquisa demonstrou que a população brasileira quer combater as corrupções descritas no Código Penal Brasileiro, mas quando se trata da corrupção *lato sensu*, finge fechar os olhos ou até mesmo alega não ter conhecimento. Por isso, está presente na pesquisa, todo o tipo de corrupção existente no Brasil. Há, ainda, no artigo, divergências e razões acerca da quantidade de corrupções e suas definições.

O artigo trouxe como o brasileiro vê a corrupção, demonstrando que sua visão é mínima acerca deste assunto. Que tal corrupção perdura há anos, não somente na sociedade brasileira, e sim no mundo, mas que no Brasil, há uma visão reducionista do que é a corrupção e como ela pode afetar o país.

Foi apresentado que corrupção vai muito além do que se encontra nos artigos do Código Penal. Há, em termos sociológicos, problemas maiores para serem combatidos. Obviamente que tudo pode ser iniciado através da educação. Viu-se que a corrupção, por muitas vezes, pode ser a falta de educação e que isso não é combatido diretamente como o crime em si, deixando com que a visão limitada que o brasileiro tem da corrupção, não permita que a “falta de educação” seja combatida com mais força.

Diante dos tipos de corrupção e a explicação do artigo acerca deles, deixa claro que, mesmo que a corrupção sistêmica, sindrômica e a preditiva sejam combatidas, o problema nunca irá acabar. Isso acontece porque a corrupção endêmica irá sempre reacender o fogo, como um combustível extremamente inflamável. O trabalho demonstrou que as corrupções sistêmica, sindrômica e a preditiva, são derivadas da endêmica. Fica claro que a endêmica não pode ser tida apenas como uma simples falta de educação. Analisá-la como apenas uma falta de educação irá dificultar qualquer combate ao crime como um todo.

Por isso, a sociedade brasileira tem que começar a olhar a corrupção não somente como um crime, mas também como um problema sociológico. A população tem que olhar mais para as coisas “simples” que não são combatidas, mas que claramente por não serem combatidas, aumentam os problemas. A dificuldade maior é nesse primeiro combate. A dificuldade é evitar que a falta de educação venha a se transformar o favorecimento posterior.



E não pensando somente como um problema no setor público. O combate à corrupção é algo que tem que ser maior que apenas o setor público. O brasileiro adora condenar a corrupção pública, mas em relação à privada, ele tolera. E por conta dessa tolerância que ocorre no setor privado, nunca vai terminar no setor público.

Após demonstrar que a visão brasileira acerca da corrupção é reducionista, o trabalho trouxe possíveis problemas que acarretam a corrupção no mundo empresarial, tanto público quanto privado, mas principalmente nas sociedades empresariais privadas. Ficou demonstrado, através de estudos de empresas que realizam pesquisas, um perfil do empresário brasileiro.

Viu-se que o perfil do empresário brasileiro dificulta a proximidade com as leis e qualquer outro tipo de norma brasileira. Há, no Brasil, um número enorme de normas. Como demonstrado na pesquisa, o perfil do empresário brasileiro é de baixa escolaridade, novamente remetendo ao início do artigo que diz que a educação é o principal problema da educação.

Mostrou-se que as normas brasileiras têm dois grandes problemas quais sejam: a gramática ruim e a falta de organização. Tendo como base que 1/3 dos empresários brasileiros nem terminaram o ensino fundamental, imagine a dificuldade que os mesmos têm em interpretar uma norma com uma gramática ruim.

Exemplo da gramática ruim é o uso das palavras “isenção” e “imunidade” que, por vezes são usadas como sinônimas. Tal erro gramatical, dentro de uma legislação tributária pode trazer diversos problemas para um empresário, inclusive para um empresário que sequer terminou o ensino fundamental.

Por essas razões, o artigo mostrou como o trabalho da advocacia vai ser importante para auxiliar o empresário. Como a corrupção acaba sendo um conflito entre a pessoa e a norma, ninguém melhor que o advogado para que crie intimidade entre a sociedade empresarial e as normas. Isso faz com que a probabilidade de infração da norma, diminua bastante, conforme demonstrou o estudo.

Viu-se então que o advogado deixou de ser o funcionário contratado para resolver o problema que já ocorreu. No caso da pesquisa do artigo, é demonstrar que o papel do advogado, não é mais aquele funcionário que é chamado para resolver o problema. O advogado, quando atua como *chiefcomplianceofficer*, tem o papel de evitar que os conflitos aconteçam.

O papel do advogado é o de gerenciar os riscos que uma empresa possa ter em confronto com a lei. O advogado irá estabelecer princípios, diretrizes e responsabilidades da

gestão empresarial. Olhando por esse lado, conclui-se que há uma preocupação com que a lei não seja infringida e, calculando todos os riscos que possam levar à infração com a lei, a chance de ocorrer a corrupção diminui.

Mas apenas falar que o advogado tem papel fundamental no combate à corrupção não adianta. O estudo trouxe então como o advogado irá se instalar numa sociedade empresarial. O estudo demonstrou como será o planejamento da empresa e como ocorrerá o projeto através do *compliance*.

O *compliance*, como demonstrou o estudo, é um programa de integridade que, como o próprio nome diz (*to comply* = cumprir), é o programa feito para que uma sociedade empresarial aja de acordo com as normas. O trabalho do advogado mencionado no presente trabalho é todo pautado em um programa efetivo de *compliance*.

Quando se fala em lucro, à primeira vista, o empresário acha que criar um programa de *compliance* na sua sociedade empresarial, só irá ser um gasto a mais. Por conta disso, se o simples fato de estar dentro das normas, não é suficiente para que o empresário crie um programa de *compliance* na sua sociedade empresarial, o presente artigo trouxe um número interessante. O gasto com o programa de *compliance*, a sociedade empresarial economiza até 5 dólares. Dentro desses gastos evitados pelo *compliance* estão o gerenciamento de riscos futuros, gastos judiciais e até dano com a reputação da sociedade empresarial.

Então, o *compliance* traz um argumento bastante forte para os empresários. Traz economia para as sociedades empresariais. Isso porque a ideia de que andar nas normas, no Brasil, não valem a pena. E esse artigo vem justamente para demonstrar o contrário. Vê-se que através de uma boa programação, a sociedade empresarial ganha com lucro, evitando perdas futuras, mas quem mais ganha é, de fato, a sociedade brasileira.

Andar de acordo com as normas, diminuir a infração de leis, é diminuir a corrupção existente no Brasil. Sempre lembrando que, apesar do que foi demonstrado pelo trabalho, de que o trabalho do advogado é de suma importância, o combate à corrupção é um dever de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN. *Compliance no Brasil e suas origens*. Disponível em: <<https://alfonsin.com.br/compliance-no-brasil-e-suas-origens/>> Acesso em: 18 jul. 2019

AURUM. *Entenda o que é compliance e como colocar em prática*. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/o-que-e-compliance/>> Acesso em: 18 jul. 2019.



BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 09 mar. 2020.

_____. *Lei Anticorrupção*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 27 mai. 2020.

CONJUR. *Programa de compliance trabalhista aumenta produtividade e lucros*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-02/programa-compliance-trabalhista-aumenta-produtividade-lucros>>. Acesso em: 18 jul. 2019

_____. *Brasil editou 5,4 milhões de normas desde a Constituição de 1988, diz estudo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-30/brasil-editou-54-milhoes-normas-1988-estudo>> Acesso em: 17 jul. 2019

DATASEBRAE. *Perfil dos empreendedores*. Disponível em: <<https://datasebrae.com.br/perfil-dos-empresarios/>> Acesso em: 18 jul. 2019.

ECOVIAAGEM. *Qual foi o primeiro caso de corrupção no Brasil?* Disponível em: <<https://ecoviagem.com.br/noticias/curiosidades/historia/qual-foi-o-primeiro-caso-de-corrupcao-na-historia-do-brasil--18807.asp>> Acesso em: 16 out. 2019.

ENDEAVOR. *Prevenindo com o Compliance para não remediar com o caixa*. Disponível em: <<https://endeavor.org.br/pessoas/compliance/>> Acesso em: 18 jul. 2019.

EPOCANEGOCIOS. *Conheça o Chief Compliance Officer*. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Inspiracao/Carreira/noticia/2015/09/conheca-o-chief-compliance-officer.html>>. Acesso em: 18 set. 2019.

ESTUDIOFOLHA. *Mais empresas adotam práticas de compliance*. Disponível em: <<http://estudio.folha.uol.com.br/petrobras/2017/06/1892322-mais-empresas-adotam-praticas-de-compliance.shtml>> Acesso em: 18 jul. 2019

FOLHAPE. *Faces da corrupção: um mal que atinge a sociedade brasileira*. Disponível em: <<https://folhape.com.br/politica/politica/politica/2018/04/01/NWS,63708,7,547,POLITICA,2193-FACES-CORRUPCAO-MAL-QUE-ATINGE-SOCIEDADE-BRASILEIRA.aspx>> Acesso em: 09 mar. 2020.

HOJEEMDIA. *SEMAD multa Vale em R\$ 330 mil por emitir falso laudo ambiental em relação à barragem de Brumadinho*. Disponível em: <<https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/semad-multa-vale-em-r-330-mil-por-emitir-falso-laudo-ambiental-em-relação-à-barragem-de-brumadinho-1.717154>> Acesso em: 18 set. 2019.

IBPT. *Brasil edita cerca de 800 normas por dia, somando 5,4 milhões desde a Constituição de 1988*. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/noticia/2603/Brasil-edita-cerca-de-800-normas-por-dia-somando-5-4-milhoes-desde-a-Constituicao-de-1988>> Acesso em: 17 jul. 2019

IDWALL. *Quais os tipos de corrupção no Brasil?* Disponível em: <https://blog.idwall.co/corrupcao-tipos-nobrasil/?utm_source=google&utm_medium=blog&utm_campaign=rastreamento_posts_blog&utm_term=compliance&utm_content=https%3A>

[%2F%2Fblog.idwall.co%2Fglossario-compliance-termos-conhecer%2F](#)> Acesso em: 16 out. 2019

JUSBRASIL. *As vantagens econômicas da aplicação de políticas de compliance em empresas*. Disponível em: <<https://matheuscaldosopoletto.jusbrasil.com.br/artigos/523182558/as-vantagens-economicas-da-aplicacao-de-politicas-de-compliance-em-empresas>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

OGLOBO. *Brasil ainda tem 11,3 milhões de analfabetos*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/brasil-ainda-tem-113-milhoes-de-analfabetos-23745356>> Acesso em: 18 jul. 2019

_____. *Luciano Huck recebe o filósofo Michael Sandel e fala sobre o “jeitinho brasileiro”*. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/5072042/>> Acesso em: 16 out. 2019

ROSÁRIO, Wagner de Campos. *Anticorrupção e Compliance – A ação da Ordem e a atuação do Advogado*. Palestra realizada no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília, 2018

YOUTUBE. *Corrupção sistêmica, endêmica e sincrônica: é possível vencer!* (Luiz Hanns). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EGjVH06nUOw&t=1s>> Acesso em: 26 mai. 2020

ASPECTOS CONTROVERTIDOS NA DEFINIÇÃO DO LOCAL DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IPVA

Philippe Silveira Carneiro da Cunha

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

Resumo—O presente artigo versa sobre o imposto sobre a propriedade de veículos automotores – IPVA, e tem por objetivo discutir o local de ocorrência do fato gerador do IPVA. A análise desenvolve-se pelos aspectos jurídicos do tributo, conforme definido pela CRFB/88 e pelas leis estaduais que disciplinam o tributo no âmbito de cada ente federado. Além disso, examina-se alguns exemplos de casos de guerra fiscal e bitributação entre os Estados na arrecadação do IPVA. Por fim, apresenta-se as possíveis soluções para definição do local de ocorrência do fato gerador do IPVA.

Palavras-chave— Direito Tributário. IPVA. Domicílio. Guerra fiscal. Bitributação.

Sumário – Introdução. 1. A construção inacabada da tributação sobre a propriedade de veículo automotor. 2. A definição dos aspectos gerais do IPVA diante da falta de uniformidade nacional do tributo. 3. A controvérsia sobre o local de ocorrência do fato gerador do IPVA, guerra fiscal e bitributação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 organiza o Estado Brasileiro em um federalismo ternário, compreendendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios como entes autônomos. Para efeitos de autonomia, o sistema constitucional de repartição da competência tributária confere a cada um dos entes competências para instituir e arrecadar certos tributos, observadas as limitações constitucionais ao poder de tributar. Entretanto, para os fins desta obra, importa apenas a competência tributária de que gozam os Estados e o Distrito Federal para instituir o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA, prevista no art.155, III, CRFB. Com efeito, este trabalho busca contribuir para a discussão sobre a definição do aspecto territorial do IPVA, à luz das correntes doutrinárias e jurisprudenciais que debatem o tema.

Assim, as questões-problemas deste trabalho são as seguintes: A falta de lei complementar federal definindo as normas gerais do IPVA inviabiliza a arrecadação do tributo? A falta de resolução do senado federal definindo a alíquota mínima do IPVA, somada a falta de uniformidade nacional das normas gerais do tributo, possibilita a guerra fiscal entre os Estados? Pode o contribuinte escolher onde irá recolher o tributo?

Inicia-se o primeiro capítulo por uma análise crítica da evolução da tributação sobre a propriedade de veículos automotores. Além disso, expõe-se que apesar de a CRFB/88 impor a reserva de lei complementar federal para definição de normas gerais em matéria tributária e prever que compete ao Senado editar resolução fixando as alíquotas mínimas do IPVA, tais normas ainda não foram editadas, de modo que coube aos Estados, no exercício da competência plena, editar normas gerais do IPVA.

No segundo capítulo, busca-se a definição das regras gerais do tributo, fazendo-se o cotejo entre a conformação constitucional do IPVA e as leis estaduais que definem as normas gerais do tributo, ante a falta da lei complementar federal. Na análise são abordados apenas os exemplos mais pertinentes das legislações estaduais, pois não serão analisadas todas as 27 leis estaduais que tratam da matéria.

Segue a pesquisa, no terceiro capítulo, sobre a análise das consequências da falta de resolução do Senado definindo as alíquotas mínimas do IPVA somado a falta de uniformização nacional das normas gerais do tributo. Procura-se explicitar a necessidade de uniformização do local do fato gerador do tributo, a fim de evitar a guerra fiscal entre os entes.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que pretende-se eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita-se 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 adota-se bibliografia pertinente à temática em foco para sustentação da tese defendida.

1. A CONSTRUÇÃO INACABADA DA TRIBUTAÇÃO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULO AUTOMOTOR

Os movimentos iniciais para a tributação da propriedade de veículo automotor despontam dos anos 1960, época marcada pelo rápido crescimento da frota nacional de veículos terrestres e que impôs ao Poder Público o desafio de expandir a malha rodoviária nacional¹. Os entes federativos, diante da demanda por infraestrutura,

¹ MONTEIRO, Lilian. *Expansão da frota de veículos não acompanha crescimento da população*. Jornal Estado de Minas. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/12/06/interna_gerais,596938/planejamento-como-solucao.shtml> Acesso em: 05 mar. 2019.

criaram as chamadas “taxas rodoviárias”, que foi um tributo cuja receita arrecadada era vinculada diretamente ao custeio de projetos e obras de construção e restauração de ruas, estradas e rodovias².

O marco inicial da tributação da propriedade de veículo automotor se deu com a Taxa Rodoviária Federal – TRF –, criada pela União por meio do Decreto-Lei nº 397/68³. A taxa era devida pelos os proprietários de veículo automotor que transitassem sobre o território nacional e era recolhida anualmente na ocasião do licenciamento do veículo em 0,5% (meio por cento) sobre o valor venal do veículo. Contudo, além da União, os Estados e Municípios também criaram as suas próprias taxas rodoviárias, de modo que os contribuintes tinham que recolher múltiplos tributos a título de taxa rodoviária anualmente, caracterizando uma situação de manifesta bitributação.

Diante desse cenário, a União editou o Decreto-Lei nº 999/69⁴, que extinguiu a multiplicidade de taxas rodoviárias dos diversos entes federados e criou uma única taxa, a qual denominou Taxa Rodoviária Única – TRU –, que era semelhante a TRF, porém, tinha a sua receita partilhada entre o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios⁵. A TRU foi um avanço em relação a TRF, porque trouxe uniformidade nacional ao tributo, estabelecendo que o fato gerador se dá no local de licenciamento do veículo, eliminando as hipóteses de bitributação. Contudo, ao manter *onomem iuris* “Taxa Rodoviária”, repetiu o mesmo erro conceitual da TRF, pois a natureza jurídica desse tributo nunca correspondeu à contraprestação de um serviço público, mas sim a de imposto sobre a propriedade.

Com efeito, à luz do art. 77 do CTN⁶, é possível concluir que taxa é espécie tributária que tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível. A propósito, Leandro Paulsen leciona que a taxa é um tributo de caráter sinalagmático, que traz em si a noção de prestação e contraprestação, inspirada na noção de justiça comutativa. Assim, o sujeito passivo da taxa deve pagar pela prestação do serviço público divisível

² MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva. O perfil do imposto sobre a propriedade de veículos automotores: IPVA. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, 1935- (coord.). *Curso de direito tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 857.

³ BRASIL. *Decreto Lei nº 397*, de 30 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0397.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

⁴ BRASIL. *Decreto Lei nº 999*, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0999.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

⁵ Ibid.

⁶ BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

ou pela fiscalização, na exata medida do custo da atividade estatal prestada⁷. Por outro lado, imposto, consoante o art. 16 do CTN⁸, é o tributo devido pelo contribuinte em razão da prática de um fato que revela capacidade contributiva e que não tenha nenhuma relação com atividades estatais específicas. Com efeito, o imposto tem finalidade meramente arrecadatória para custear as despesas gerais do Estado.

No entanto, a conceituação da TRU como sendo uma taxa, ao invés de um imposto, teve o propósito vincular a receita arrecadada ao fomento de projetos e obras de conservação, restauração, e expansão da malha rodoviária, o que não poderia ocorrer com um imposto, pois a receita arrecada seria revertida para as despesas gerais do Estado, em razão do princípio da não afetação. Ademais, a definição de “taxa” nunca foi adequada, porque a circulação de veículos, a exceção do pedágio em certas rodovias, a conservação de todas as rodovias não pode ser dimensionada em relação à um único usuário. Assim, nunca houve o sinalagma para se cogitar a contraprestação de serviço público de manutenção das rodovias por meio de taxa rodoviária.

Todavia, a Emenda Constitucional nº 27 de 1985⁹ corrigiu o erro quanto a natureza jurídica do tributo ao criar a competência dos Estados para instituir o Imposto Sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA, e vedar a cobrança de outros impostos e taxas sobre a propriedade de veículos, implicando na extinção da TRU. Além disso, foi instituída a repartição obrigatória de 50% da receita arrecadada pelos Estados para os Municípios onde estiverem licenciados os veículos automotores.

Entretanto, a EC nº 27/85 se deu ainda sob a égide da Constituição de 1967¹⁰, a qual não exigia lei complementar para tratar de normas gerais em matéria tributária. Assim, coube a todos os Estados e ao Distrito Federal editarem as suas próprias normas gerais para o IPVA. Em decorrência disso, foram editadas no total 27 leis estaduais definidoras do fato gerador do IPVA, local de sua ocorrência e o seu sujeito passivo. Portanto, se a criação do IPVA foi de um lado um progresso conceitual a revelar a real natureza jurídica da tributação sobre a propriedade de veículo automotor, do outro lado foi um retrocesso em relação a uniformização nacional do tributo, mormente em relação ao local de ocorrência do fato gerador, possibilitando o surgimento

⁷ PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 68.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁹ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 27*, de 28 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm> Acesso em: 05 mar. 2019.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 05 mar. 2019.



de novas hipóteses de bitributação, como ocorreu com a pluralidade de taxas rodoviárias antes da TRU.

Todavia, a Constituição Federal de 1988, visando evitar a bitributação, inovou ao trazer no seu art. 143, III, a reserva de lei complementar federal para tratar normas gerais de direito tributário¹¹, o que, em tese, implicaria na invalidade das leis estaduais que estabeleceram as normas gerais do IPVA, pois estas não teriam sido recepcionadas pela nova ordem constitucional.

Ocorre que, desde a promulgação da CRFB/88 até a edição desta obra, ainda não foi editada a lei complementar definidora das normas gerais do IPVA. Assim, ainda em 1996, a validade das leis estaduais foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal por meio do RE nº 203.301, de relatoria do Ministro Neri da Silveira¹², e o STF entendeu que a disciplina das normas gerais do IPVA por lei estadual tem amparo constitucional, pois, deixando a União de editar as normas gerais do IPVA, como reza o art. 143, III, da CRFB/88¹³, coube aos Estados, no exercício das suas respectivas competências legislativas plenas, na forma do § 3º do artigo 24, da CRFB/88¹⁴, editarem as suas próprias normas necessárias à aplicação do sistema tributário nacional, conforme prevê o §3º do art. 34 do ADCT/88¹⁵.

Portanto, são válidas as normas gerais editadas pelos Estados. Aquelas editadas antes da CRFB/88 entrar em vigor foram por ela recepcionadas, por força do princípio da recepção, previsto no §5º do art. 34 do ADCT/88¹⁶. Contudo, manteve-se uma situação precária que dá ensejo a hipóteses de bitributação e guerra fiscal na arrecadação do IPVA.

A mais recente alteração legislativa do tributo, a nível constitucional, foi a Emenda Constitucional nº 42 de 2003¹⁷, que introduziu ao art. 155 da CRFB/88 o seu §6º, criando a competência para o Senado fixar as alíquotas mínimas do IPVA, a fim de evitar a guerra fiscal entre os Estados; e autorizou a edição de alíquotas diferenciadas

¹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. <disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 203.301/SP*. Relator: Ministro Neri da Silveira. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=203301&origem=A>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 11.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ BRASIL. *Emenda Constitucional nº. 42*, de 19 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm>. Acesso em: 02 abr. 2019.

em razão do tipo e utilização do veículo automotor. Contudo, até o presente momento o Senado ainda não editou a resolução que fixa as alíquotas mínimas do IPVA.

Consequentemente, é possível que a construção normativa do IPVA seja imperfeita, ou mesmo inacabada. A omissão, tanto da União, quanto do Senado, em editarem, respectivamente, a lei complementar definindo as normas gerais do tributo e a resolução fixando as alíquotas mínimas do tributo, cria um cenário de falta de uniformidade nacional do IPVA, o que pode possibilitar guerra fiscal entre os Estados.

2. A DEFINIÇÃO DOS ASPECTOS GERAIS DO IPVA DIANTE DA FALTA DE UNIFORMIDADE NACIONAL DO TRIBUTO

No capítulo anterior foi exposta a falta de uniformidade nacional ao IPVA resultante da falta de lei complementar definidora dos aspectos gerais do tributo, de modo que cada Estado editou a sua própria lei ordinária definindo tais aspectos gerais em questão. Não obstante, nesta parte do trabalho busca-se definir os aspectos gerais do tributo à luz da sua conformação constitucional, destacando-se os pontos de possíveis convergências e divergências entre os aspectos gerais definidos pelas legislações estaduais sobre o IPVA.

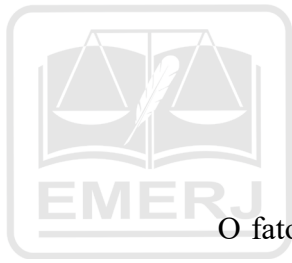
Inicialmente, impende destacar que incidem sobre o IPVA os princípios constitucionais elencados no art. 150, da CRFB¹⁸, tais como: princípio da legalidade, princípio da isonomia, princípio da irretroatividade, princípio da anterioridade nonagesimal, princípio da anterioridade de exercício, princípio da vedação ao confisco, princípio da vedação a limitações ao tráfego de pessoas ou bens. Além disso, incide também o princípio da vedação à diferenciação tributária de bens ou serviços em razão da procedência ou destino, previsto no art. 152 da CRFB¹⁹. Ademais, o art. 150, §1º, da CRFB²⁰ excetua a incidência da anterioridade nonagesimal sobre a atualização da base de cálculo do IPVA.

Em regra, a relação tributária do IPVA tem como sujeito passivo o proprietário do veículo automotor e sujeito ativo o Estado-membro ou o Distrito-Federal, no qual ocorrer o fato gerador. Além disso, há, ainda, a figura do responsável tributário, que pode variar a depender do Estado.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 11.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.



O fato gerador do IPVA é a propriedade de veículo automotor, o que revela a sua natureza jurídica de imposto sobre o patrimônio, por se tratar de uma manifestação de riqueza auferível e tributável. O aspecto territorial do fato gerador é controvertido, há Estados que o definem como sendo o local de licenciamento do veículo e outros que o definem como sendo o domicílio tributário do contribuinte, contudo, essa questão será tratada com maior profundidade no capítulo 3 desta obra.

Em regra, a periodicidade do IPVA é anual e ocorre no dia 1º de janeiro de cada exercício. Porém, impende destacar que as leis estaduais costumam prever outras hipóteses para a ocorrência do fato gerador. Por exemplo, a Lei Fluminense nº 2.877/1997²¹, adota como fato gerador: a data em que o veículo for encontrado no território do Estado do Rio de Janeiro, sem o comprovante de pagamento do IPVA; a data da primeira aquisição do veículo por consumidor final, no caso de veículo novo; na data do desembarço aduaneiro; no primeiro dia do exercício subsequente à transferência do registro de veículos de outros Estados para o Rio de Janeiro. Já a Lei Paulista nº 13.296/2008²², prevê como uma das suas hipóteses a data em que veículo de locadora vier a ser locado ou colocado à disposição para locação no Estado de São Paulo, caso esteja registrado anteriormente em outro Estado.

Discute-se se a hipótese de incidência do IPVA estaria limitada apenas a propriedade de veículos automotores terrestres, ou, se alcançaria outros veículos movidos a propulsão própria. Por exemplo, o Estado do Rio de Janeiro definiu que o IPVA incidiria sobre veículos terrestres, embarcações e aeronaves²³. Contudo, ao julgar o RE. n.º 379.572/RJ²⁴, o STF decidiu que a tributação somente incide sobre os veículos terrestres, pois são os únicos veículos automotores que possuem registro com base Municipal, o licenciamento. Com efeito, há uma obrigatoriedade constitucional prevista no art. 158, III, da CRFB²⁵ de repasse de 50% da arrecadação do IPVA para o Município em quem está licenciado o veículo. Ademais, o acórdão consignou as aeronaves, que estão sujeitas ao registro aeronáutico brasileiro, não se vinculam a

²¹ RIO DE JANEIRO. *Lei Estadual. n.º 2.877*, de 22 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/fa1a422b516211130325657a0064293f?OpenDocument>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

²² SÃO PAULO. *Lei Estadual n.º 13.296*, de 23 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2008/lei-13296-23.12.2008.html>. Acesso realizado em: 02 set. 2019.

²³ RIO DE JANEIRO, op. cit., nota 21.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE. n.º 379.572/RJ*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2103607>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

²⁵ Ibid.

qualquer Estado ou Município, bem como, com as embarcações, que são registradas diretamente no Tribunal Marítimo, ou nas Capitânicas dos Portos, que podem abranger mais de um Estado e, inequivocamente não se restringem a qualquer Município, de modo que inviabilizam a repartição constitucional da arrecadação do IPVA.

A base de cálculo do IPVA é o valor venal do veículo automotor. No caso de veículo novo, será considerado o valor constante do documento fiscal. No entanto, como há uma natural depreciação do veículo com o decurso do tempo, cabe ao Poder Executivo manter uma tabela oficial devidamente atualizada, que deve ser divulgada antes do início do ano, informando o valor dos automóveis. Por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, o art. 7º da Lei Estadual nº 2.877/1997²⁶, impõe ao Secretário de Estado de Fazenda o dever de baixar a tabela anual com os valores venais dos veículos. Uma controvérsia que surgiu é se a tabela poderia ser atualizada no ano da cobrança. Assim, o STF, ao julgar o AI nº 169.370 AgR/SP²⁷, decidiu que a correção da tabela de valores no ano da cobrança do tributo não implica violência aos princípios insculpidos na Constituição Federal, desde que não haja alteração do fato gerador, da base de cálculo e das alíquotas previstas na legislação estadual.

Além das imunidades constitucionais, as leis estaduais apresentam hipóteses de isenção do IPVA que variam conforme o ente federativo. Por exemplo, no Rio de Janeiro²⁸, há isenção para veículos de missão diplomática ou consulado; veículos que ingressarem no país conduzidos por estrangeiros não residentes no Brasil, em prazo não superior à um ano, desde que haja tratamento recíproco no país de origem; tratores e máquinas agrícolas; veículos de pessoas com deficiência ou do seu representante legal; veículos com mais de 15 anos de fabricação; ambulâncias pertencentes à instituições de saúde sem fins lucrativos; veículos de associações representativas de pessoas portadoras de deficiência; veículos pertencentes às Cooperativas destinadas à transporte complementar de passageiros – vans e kombis–; assim como os veículos de transporte escolar.

A alíquota do IPVA pode ser diferenciada em função do tipo e utilização, conforme autoriza o art. 156, §6º, II, da CRFB²⁹. Contudo, o que se observa, na prática, é falta uniformidade na fixação das alíquotas em geral. Cada Estado, ao instituir o IPVA

²⁶RIO DE JANEIRO, op. cit., nota 21.

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI nº 169.370 AgR/SP*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1610562>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

²⁸RIO DE JANEIRO, op. cit., nota 21.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 11.

nos seus limites territoriais, fixa as alíquotas no percentual que entender conveniente. Por exemplo, os Estados do Rio de Janeiro³⁰, São Paulo³¹, Minas Gerais³² adotam a alíquota de 4% para carros de passeio, ao passo que o Estado do Espírito³³ santo adota uma alíquota bem inferior, de 2% sobre o valor venal do veículo.

Por fim, em relação ao lançamento, conforme dispõe o art. 142 do CTN³⁴, é o “procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação”. Além disso, é no lançamento que se identifica o sujeito passivo, determina a matéria tributável e se calcula o montante devido. Leandro Paulsen sintetiza “o lançamento como sendo a formalização da existência e liquidez do crédito tributário, documentando-o.”³⁵ No que importa ao IPVA, Gladston Mamede assevera que é cabível o “lançamento de ofício, com a emissão de uma guia elaborada a partir das informações mantidas em cadastro”³⁶, contudo, é também possível a realização do lançamento por homologação, no qual, segundo o autor, “o proprietário do veículo preenche o formulário próprio e faz o recolhimento na rede bancária”³⁷. Com efeito, no Estado do Rio de Janeiro, incumbe à Secretaria de Estado de Fazenda realizar as atividades relacionadas a fiscalização do imposto³⁸, incluindo a homologação do lançamento, ou a realização do lançamento de ofício quando o contribuinte deixar de recolher o imposto no prazo.

3. A CONTROVÉRSIA SOBRE O LOCAL DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IPVA, GUERRA FISCAL E BITRIBUTAÇÃO

O local de ocorrência do fato gerador do IPVA é uma questão de grande relevância, pois tem influência sobre dois relevantes problemas tributários, a saber: a guerra fiscal e a bitributação do contribuinte. Também não há consenso doutrinário sobre questão do local do fato gerador do tributo, de modo que há duas correntes

³⁰ RIO DE JANEIRO, op. cit., nota 21.

³¹ SÃO PAULO, op. cit. nota 22.

³² MINAS GERAIS. *Lei Estadual nº 14.937*, de 23 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/114937_2003.htm> Acesso realizado em 02 set. 2019.

³³ ESPÍRITO SANTO. *Lei Estadual nº 6.999*, de 27 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LO6999.html>> Acesso realizado em: 02 set. 2019.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 6.

³⁵ PAULSEN, op. cit., p. 330.

³⁶ MAMEDE, Gladston. *IPVA: imposto sobre a propriedade de veículos automotores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p., 68;

³⁷ *Ibid.*, p. 68;

³⁸ RIO DE JANEIRO, op. cit., nota 21.

divergindo sobre a matéria, ambas com fundamentos pertinentes, sobre qual seria o critério para fixação do domicílio fiscal para fins de arrecadação do IPVA.

A primeira corrente tem por fundamento a interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais, em atenção a regra de repartição da receita do tributo com os entes Municipais, prevista no art. 158, III da CRFB³⁹, que dispõe que pertencem aos Municípios “cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios”. Assim, sustenta-se que o local de ocorrência do fato gerador do IPVA, e o Estado-membro competente a sua arrecadação, seria inexoravelmente definido pelo Município no qual o veículo objeto da tributação estiver licenciado. Nesse sentido, Paulo Roberto Coimbra Silva⁴⁰, Gladston Mamede⁴¹, Rita de Cássia Andrade⁴² e Rogério Lindenmeyer Vidal Granda da Silva Martins⁴³.

Soraya David Monteiro Locatelli⁴⁴, destaca que há Estados que, visando evitar a evasão de divisas, têm definido o local do fato gerador como sendo o local do domicílio do proprietário do veículo automotor, destoando assim da definição do local do fato gerador apontado pela primeira corrente. A autora assevera que a definição do local do fato gerador com base no domicílio do contribuinte, ou onde o automóvel habitualmente circula, seria inconstitucional à luz da repartição obrigatória da receita do IPVA com o município no qual o veículo está licenciado. Em igual sentido é o entendimento de José Jayme de Macêdo, que sustenta que “não é relevante o fato de o automóvel ser usado mais tempo dentro ou fora do Estado, para o efeito da incidência do imposto; basta que seja nele registrado (licenciado)⁴⁵.”

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 11.

⁴⁰ SILVA, Paulo Roberto Coimbra. Perfil constitucional da hipótese de incidência do IPVA. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, ano 4, n. 23. Belo Horizonte, 2006.

⁴¹ MAMEDE, op. cit.

⁴² ANDRADE, Rita de Cassia Martins. IPVA: violação de princípios constitucionais pela legislação ordinária dos estados e do Distrito Federal, ausência de lei complementar de caráter geral, manifesta deformação de inconstitucionalidade. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 44-63., set. 2010.

⁴³ MARTINS, op. cit.

⁴⁴ LOCATELLI, Soraya David Monteiro. Imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, 1935-; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva (coord.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 582 - 600.

⁴⁵ OLIVEIRA, Jose Jayme de Macedo. *Impostos estaduais: ICMS, ITCD e IPVA*. São Paulo: Saraiva, 2009.

A segunda corrente é fundada na interpretação do art. 120 do CTB⁴⁶, que diz que o veículo deve ser registrado no local de domicílio do proprietário, em conjunto com os dispositivos do art. 127 do CTN⁴⁷, cuja inteligência considerara como domicílio tributário a residência habitual das pessoas naturais e a sede da pessoa jurídica, permitindo ao fisco recusar o domicílio eleito, quando este impossibilitar ou dificultar a fiscalização do tributo. Com base nisso, há autores como Cláudia Freze da Silva⁴⁸, Onofre Alves Batista Júnior⁴⁹ e Renato Bernardi⁵⁰, que sustentam que o imposto é devido no local em que o proprietário do veículo está domiciliado, pois seria esse o local onde o veículo deveria ter sido originalmente registrado e licenciado, sob pena de se permitir uma situação na qual o contribuinte manipule o local do licenciamento, escolhendo em qual Estado irá recolher o tributo, frustrando a arrecadação pelo ente competente por meio de evasão de divisas.

Na prática, ambas as correntes não apresentam uma resposta definitiva ao problema da guerra fiscal, nem a questão da bitributação. Com efeito, a guerra fiscal ocorre quando se verifica uma disputa marcada pela intensificação de práticas concorrenciais extremas e não cooperativas entre os entes da Federação⁵¹. A guisa de exemplo de guerra fiscal, tem-se a fixação de alíquotas muito baixas como um atrativo para que contribuintes domiciliados em certo Estado, visando economizar com a contribuição, licenciem os seus veículos em outro Estado, no qual as alíquotas são mais baixas, gerando evasão de divisas para aquele, em detrimento do deste, caracterizando, assim, a guerra fiscal entre os Estados pela arrecadação do IPVA.

Para além da guerra fiscal, pode surgir o conflito de competência tributária, situação na qual dois ou mais entes federados se julgam competentes, simultaneamente, para exigirem mesmo tributo sobre idêntico fato gerador, ensejando a bitributação do IPVA de um mesmo contribuinte.

⁴⁶ BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm> Acesso realizado em: 2 set. 2019.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁴⁸ SILVA, Cláudia Freze da. O imposto sobre a propriedade de veículos automotores: IPVA. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar (coord.). *Direito público estadual*. Rio de Janeiro, RJ: APERJ, 2015. p. 923 - 961.

⁴⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre A. Entendimento do supremo sobre ipva pode gerar guerra fiscal entre os estados. In: *Revista Consultor Jurídico*, nov. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-01/onofre-batista-decisao-stf-ipva-gerar-guerra-fiscal>> Acesso realizado em: 2 set. 2019.

⁵⁰ BERNARDI, Renato. Domicílio tributário do IPVA. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 65-68., abr. 2006.

⁵¹ FERNANDES, André E. S.; WANDERLEI, Nélio L. A questão da guerra fiscal: uma breve resenha. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37. n. 148 out./dez; 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/626/r148-01.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2019.

Exemplificando, o art.10, III, da Lei Mineira⁵² prevê que os veículos pertencentes a locadoras de automóveis que estejam licenciados no Estado de Minas Gerais submetem-se a alíquota de 1% sobre o valor venal do veículo a título de IPVA. Em outras palavras, o Estado de Minas Gerais coopta as locadoras de outros Estados-membros para licenciarem as suas frotas em Minas Gerais, gerando evasão de divisas para os outros Estados, que acabaram sendo prejudicados por tal prática concorrencial.

Em contrapartida, o Estado de São Paulo, que prevê alíquota de 4% para veículo automotor em geral, criou para as locadoras uma alíquota diferenciada, com redução de 50% do valor, desde que os veículos estejam registrados no Estado de São Paulo. Impende destacar que, até aqui, a disputa pelo local de registro dos veículos, com base no oferecimento de alíquotas menores, caracteriza apenas a guerra fiscal pelo IPVA.

Porém, ainda nesse exemplo entre os Estados de São Paulo e Minas Gerais é possível encontrar hipóteses de bitributação. Com efeito, o Estado de São Paulo ao editar a Lei nº 13.296/08⁵³, previu no seu art. 3º, X, b, uma nova hipótese de fato gerador do IPVA, segundo a qual, incide IPVA devido ao Estado de São Paulo sobre “veículos de locadoras colocados à disposição para locação no território deste Estado, em se tratando de veículo usado registrado anteriormente em outro Estado”. Ou seja, a Lei Paulista criou uma hipótese de indisfarçável bitributação, uma vez que o veículo licenciado em outro Estado deverá recolher IPVA naquela unidade da federação, mas ao ser posto a locação em São Paulo, terá também que recolher o mesmo tributo a este Estado, fazendo o duplo recolhimento do mesmo tributo sobre o mesmo fato gerador no mesmo exercício financeiro. Destaca-se, ainda, que o dispositivo da Lei Paulista está sendo questionado na ADI nº 4.376-SP⁵⁴, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que ainda está pendente de julgamento.

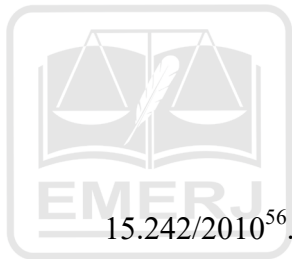
Contudo, não tardou para que outros Estados imitassem São Paulo, como foi o caso de Santa Catarina, que plasmou *ipsi litteris* o mesmo dispositivo da Lei Paulista no art. 2º, §1º, IV, da Lei Estadual nº 7.543/88⁵⁵, com a redação dada pela Lei Estadual nº

⁵² MINAS GERAIS, op. cit., nota 32.

⁵³ SÃO PAULO, op. cit., nota 22.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI. nº 4.376/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3826881>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

⁵⁵ SANTA CATARINA. Lei nº 7.543, de 30 de dezembro de 1988. Disponível em: <http://legislacao.sef.s.gov.br/html/leis/1988/lei_88_7543.htm> Acesso em: 12 out. 2019.



15.242/2010⁵⁶. Contudo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina de julgou parcialmente procedente a Representação de Inconstitucionalidade nº 0089767-60.2010.8.24.000⁵⁷, a fim de declarar a inconstitucionalidade do referido dispositivo, por ter reconhecido que a alteração legislativa trazia uma nova hipótese de bitributação do IPVA.

Pois bem, a questão sobre o local de ocorrência do fato gerador do IPVA está longe de ser pacífica, e voltará em breve a ser debatida pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 1.016.605-MG⁵⁸. Embora o julgamento ainda não tenha sido concluído, já se formaram duas correntes sobre o tema⁵⁹. A primeira, encabeçada pelo relator Min. Marco Aurélio, sustenta que o tributo deve ser recolhido ao Estado no qual o veículo se encontra licenciado. A segunda, inaugurada pelo Min. Alexandre de Moraes, sustenta que o veículo automotor deve ser licenciado perante o órgão executivo de trânsito do Estado, no Município de domicílio do proprietário, de modo que seria possível que o Estado arrecadasse o tributo não com base no local de licenciamento de fato, mas sim no local no qual o veículo deveria por lei – art. 120 do CTB⁶⁰ – estar licenciado, ou seja, no local em que o contribuinte está domiciliado, ignorando-se, para fins de arrecadação do IPVA, o licenciamento feito em local diverso do domicílio de fato. Como se percebe, ambas correntes apresentam posicionamentos diametralmente opostos e fundamentos pertinentes. Porém, nenhuma delas soluciona integralmente o problema integralmente.

CONCLUSÃO

Ao buscar o critério definidor do local de ocorrência do fato gerador do IPVA, esta pesquisa constatou a que a construção normativa do tributo ainda está incompleta, inacabada. A União ainda não editou a lei complementar definindo as normas gerais do tributo, nem o Senado editou a resolução fixando as alíquotas mínimas que podem ser cobradas pelos Estados e Distrito-Federal a título de IPVA.

⁵⁶ SANTA CATARINA. *Lei nº 15.242*, de 27 de junho de 2010. Disponível em: <http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/2010/lei_10_15242.htm> Acesso em: 12 out. 2019.

⁵⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *RI. nº 008976760.2010.8.24.000*, Relator: Desembargador Rodrigo Collaço. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/open.do>> Acesso em 15 out. 2019.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1.016.605-MG*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5107147>>. Acesso em: 02 set. 2019.

⁵⁹ BATISTA JÚNIOR, op. cit.

⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 46.

Essa situação de imperfeição normativa gera fenômenos como a guerra fiscal, que é nociva a economia dos Estados e Municípios, pois afeta a arrecadação tributária. Assim como a bitributação, que impõe sobre o contribuinte uma situação de violação a repartição constitucional da competência tributária, mediante o duplo recolhimento do mesmo tributo, porém, por Estados diversos, afetando a economia da pessoa natural ou jurídica. Determinar com segurança o local de ocorrência do fato gerador é uma das soluções para o problema da bitributação. Contudo, a doutrina e a jurisprudência ostentam duas correntes divergentes sobre o tema.

A primeira corrente apresenta o entendimento mais alinhado ao texto constitucional ao definir o local de ocorrência do fato gerador com base no local de licenciamento do veículo. Esse posicionamento tem o mérito de impedir a bitributação. Mas não impede que o contribuinte escolha o domicílio no qual irá licenciar o seu veículo, assim, persiste a possibilidade de cooptação do contribuinte por outros Estados que ofereçam alíquotas mais baixas, gerando a guerra fiscal.

A segunda corrente é a mais pragmática, busca evitar a evasão de divisas e, assim, proteger a economia dos Estados ante as práticas predatórias empregadas na guerra fiscal pelo IPVA. Se o mérito desse entendimento é impedir a evasão de divisas na guerra fiscal, o seu ponto fraco é justamente abrir as portas para que o contribuinte seja submetido à bitributação, sem efetivamente pôr fim à guerra fiscal.

Destaca-se que a matéria ainda está *sub judice* perante o STF. Porém, a decisão da Suprema Corte que irá decidir entre uma corrente ou outra, irá afetar casos isolados de leis estaduais, sem conferir uniformidade nacional ao IPVA. O problema persistirá e somente poderá ser resolvido com a edição de lei complementar pela União.

Esta pesquisa, porém, pretende sustentar que a primeira corrente parece conter o melhor critério para definição do local do fato gerador do IPVA, inclusive sem a edição de lei complementar para tanto, pois apresenta-se um critério que está explícito na própria Constituição Federal. Contudo, para que seja possível cogitar o fim da guerra fiscal entre os Estados, continua sendo indispensável a edição de resolução pelo Senado, fixando as alíquotas mínimas do IPVA.

Enfim, independentemente da decisão do STF, ou do entendimento doutrinário prevalecente, a melhor solução para os casos de guerra fiscal e bitributação do IPVA consistem na concretização dos mandamentos constitucionais que impõe a União editar as normas gerais do tributo, limitando o poder dos Estados em criar novas hipóteses de incidência do tributo, e do Senado em editar a resolução fixando as alíquotas mínimas,



impedindo que os Estados pratiquem concorrência para cooptar contribuintes uns dos outros.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rita de Cassia Martins. IPVA: violação de princípios constitucionais pela legislação ordinária dos estados e do Distrito Federal, ausência de lei complementar de caráter geral, manifesta deformação de inconstitucionalidade. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 44-63., set. 2010.

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: 05 mar. 2019.

_____. *Código de Trânsito Brasileiro*. Promulgado em 3 de setembro de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm> Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. *Decreto Lei nº 397*, de 30 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0397.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. *Decreto Lei nº 999*, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0999.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dez. 2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI. nº 4.376/SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3826881>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AI. nº 169.370 AgR/SP*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1610562>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 203.301/SP*. Relator: Ministro Neri da Silveira. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=203301&origem=AP>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 379.572/RJ*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2103607>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 1.016.605-MG*, Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5107147>>. Acesso em: 02 set. 2019.

CALIENDO, Paulo. *Curso de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ESPÍRITO SANTO. *Lei nº 6.999*, de 27 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LO6999.html>> Acesso realizado em: 02 set. 2019.

FERNANDES, André E. S.; WANDERLEI, Nélio L. A questão da guerra fiscal: uma breve resenha. *Revista de Informação Legislativa*, v. 37. n. 148 out./dez; 2000. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/626/r148-01.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2019.

BATISTA JÚNIOR. Onofre A. Entendimento do supremo sobre ipva pode gerar guerra fiscal entre os estados. In: *Revista Consultor Jurídico*, nov. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-01/onofre-batista-decisao-stf-ipva-gerar-guerra-fiscal>> Acesso realizado em: 2 set. 2019.

LOCATELLI, Soraya David Monteiro. Imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, 1935-; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva (coord.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 582 - 600.

MAMEDE, Gladston. *IPVA: imposto sobre a propriedade de veiculos automotores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva. O perfil do imposto sobre a propriedade de veículos automotores: IPVA. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, 1935- (coord.). *Curso de direito tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 857 - 885.

MINAS GERAIS. *Lei nº 14.937*, de 23 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/14937_2003.htm> Acesso em 02 set. 2019.

OLIVEIRA, Jose Jayme de Macedo. *Impostos estaduais: ICMS, ITCD e IPVA*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 10.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RIO DE JANEIRO. *Lei nº 2.877*, de 22 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://alerj.ln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/fa1a422b516211130325657a0064293f?OpenDocument>>. Acesso em: 02 abr. 2019.



SANTA CATARINA. *Lei nº 7.543*, de 30 de dezembro de 1988. Disponível em: <http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/1988/lei_88_7543.htm> Acesso em: 12 out. 2019.

_____. *Lei nº 15.242*, de 27 de junho de 2010. Disponível em: <http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/2010/lei_10_15242.htm> Acesso em: 12 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *RI. nº 008976760.2010.8.24.000*, Relator : Desembargador Rodrigo Collaço. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/open.do>> Acesso em 15 out. 2019.

SÃO PAULO. *Lei nº 13.296*, de 23 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2008/lei-13296-23.12.2008.html>> Acesso em: 02 set. 2019.

SILVA, Claudia Freze da. O imposto sobre a propriedade de veículos automotores: IPVA. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar (coord.). *Direito público estadual*. Rio de Janeiro, RJ: APERJ, 2015. p. 923 – 961.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. Perfil constitucional da hipótese de incidência do IPVA. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, ano 4, n. 23. Belo Horizonte, 2006.

DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA PENSÃO GRAVÍDICA

Raíssa Mendonça da Costa

Graduada pela Faculdade de Direito de
Cândido Mendes – UCAM. Advogada.

Resumo – os relacionamentos pertencentes ao Direito de Família estão cada vez mais se manifestando de forma complexa e variada. Por meio de inovações da ciência e da evolução humana, a filiação não pode mais ser compreendida somente como uma concepção convencional e padronizada. Logo, deve o Direito acompanhar o desenvolvimento da sociedade e o aperfeiçoamento de técnicas científicas para associar os vínculos genético e o socioafetivo com o jurídico. O objetivo do trabalho é demonstrar as implicações para o ramo do Direito da gravidez por subrogação e abordar que é forçosa a criação de uma legislação específica para os casos concretos da gravidez sub-rogada.

Palavras-chave – Direito de Família. Gravidez por substituição. Pensão gravídica.

Sumário – Introdução. 1. Reembolso das despesas decorrentes de gastos médicos que podem ser consideradas legítimas sem caracterizar lucratividade pela gestante por substituição. 2. Da possibilidade do pagamento de pensão gravídica a gestante solidária. 3. Da necessidade de sistema normativo específico para dirimir conflitos no que diz respeito a gravidez solidária. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

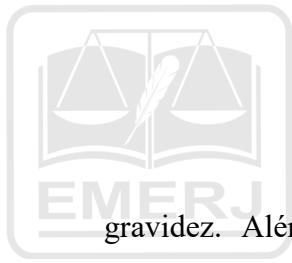
O trabalho de pesquisa científica apresentado aborda o tema da gestação de substituição no ordenamento pátrio. Procura-se verificar as implicações legais, a respeito da possibilidade de recebimento de uma pensão de alimentos gravídicos pela gestante que está cedendo temporariamente seu útero de forma gratuita.

A finalidade da pesquisa é discutir a possibilidade do cabimento ou não da ajuda de custos no período da gestação, tendo em vista que é necessário levar em consideração a hipossuficiência financeira da gestante que poderá ter como consequência a afetação da saúde do nascituro.

Ainda convém lembrar as posições jurisprudenciais e doutrinárias acerca do tema, uma vez que deve-se garantir o princípio da dignidade da pessoa humana que é aplicável a todos, ao ponto de justificar a ajuda de custos no período da gravidez solidária.

O primeiro capítulo irá verificar sobre até que ponto as despesas decorrentes de gastos médicos podem ser consideradas como legítimas, sem caracterizar ganho econômico e violação dos princípios da boa-fé e do enriquecimento ilícito.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, se no caso da gravidez solidária é possível sustentar o pagamento de pensão gravídica para compensar os gastos durante a



gravidez. Além disso, determinar qual tipo de ajuda financeira não caracterizaria o benefício econômico pela barriga solidária.

Outrossim no terceiro capítulo da pesquisa, irá versar sobre a falta de normatização do tema que se mostra necessária as mudanças legislativas, no que se refere à criação de uma lei específica. Procura-se refletir a aplicação do instituto de forma a beneficiar todos os envolvidos, sem gerar o enriquecimento ilícito.

A pesquisa será realizada pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que tem como objetivo apresentar variadas ideias hipotéticas, que são possíveis e apropriadas para explorar o intuito da pesquisa, com a finalidade de corroborar ou desconsiderar argumentativamente.

Dessa forma, o objetivo desta pesquisa jurídica quanto ao questionamento será necessariamente qualitativo, uma vez que a intenção importa da bibliografia adequada à temática em foco, com o uso de legislação, jurisprudência e doutrina, para confirmar a tese.

1. REEMBOLSO DAS DESPESAS DECORRENTES DE GASTOS MÉDICOS QUE PODEM SER CONSIDERADAS LEGÍTIMAS SEM CARACTERIZAR LUCRATIVIDADE PELA GESTANTE POR SUBSTITUIÇÃO

A gestação solidária, também chamada de útero de substituição, surgiu com os avanços da medicina para satisfazer a vontade de casais ou pessoas solteiras que não podem ter filhos pelo método convencional¹. Devido tal impossibilidade, a prática envolve a utilização do útero de uma terceira pessoa, possibilitando assim, a vontade do casal de ter filhos com o seu material genético. Tais relações geram conflitos e implicações legais que o Direito tem a responsabilidade de solucionar.

Existe, atualmente, regulando a matéria uma resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 2.121/2015 que tem o objetivo de harmonizar o uso das técnicas de reprodução assistida com os princípios da ética médica². Percebe-se que a resolução criou alguns requisitos para que o profissional da área realize o procedimento com observância

¹ FUZA, Julia Casares. *Reprodução Assistida: Barriga solidária e Barriga de aluguel - uma análise jurídica e social*. Disponível em: <https://juliacasaresfuza.jusbrasil.com.br/artigos/337791410/reproducao-assistida-barriga-solidaria-e-barriga-de-aluguel-uma-analise-juridica-e-social?ref=topic_feed> Acesso em: 04 abr. 2019.

² BRASIL. Resolução CFM nº 2.121/2015 de 24 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2019.

aos princípios éticos e bioéticos que trazem maior segurança e eficácia³.

Primeiramente, nota-se que em uma das normas da Resolução, para a realização do procedimento o ato deve ser voluntário⁴, isto é, necessário que o consentimento seja livre, tanto por quem deseja o filho quanto para a doadora temporária do útero⁵.

Outro requisito aborda que a prática não pode ser realizada de forma lucrativa ou comercial. Apesar de popularmente conhecida como “barriga de aluguel”⁶, tal nomenclatura encontra-se equivocada, uma vez que é vedada expressamente pelo direito brasileiro⁷ a comercialização de qualquer órgão, tecido⁸.

Com efeito, a bioética entende que, se realizado por interesse financeiro, ocorreria a “coisificação” do ser humano, uma vez que a utilização da placenta adquire o status de órgão⁹ sendo sua comercialização caracterizada como uma prática ilícita e imoral.

Apesar de vedada a lucratividade pela Resolução do CFM, Rodrigo da Cunha Pereira, presidente nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família, defende que o aluguel regulamentado em lei evitaria extorsões, clandestinidade e até mesmo uma indústria de gravidez por substituição, entendendo que não caracteriza uma “coisificação” da criança ou “objetificação” do sujeito¹⁰.

Sucedendo essa alternativa criada para satisfazer a vontade de ter filhos por quem não podia, traz inúmeras controvérsias para o ramo do direito. O fato da Resolução não ter caráter legal e possuir lacunas, ocasiona diversas dúvidas acerca do instituto.

Um fator controvertido, é referente a possibilidade do recebimento do reembolso das despesas médicas da grávida, que não configure a lucratividade. Diante disso, não violaria os princípios da boa-fé e do enriquecimento ilícito, não contrariando as características básicas da gravidez sub-rogada.

Apesar de ser um ato de solidariedade, existem custos a serem considerados para que o procedimento seja realizado, de maneira a garantir a boa saúde tanto da gestante

³ Ibid.

⁴ POLITANO, Ricardo. *Aspectos jurídicos da “barriga solidária” (gestação por substituição)*: Um necessário diálogo entre Direito, Medicina e Psicologia. Disponível em: <https://ricardopolitano.jusbrasil.com.br/artigos/472273664/aspectos-juridicos-da-barriga-solidaria-gestacao-por-substituicao-um-necessario-dialogo-entre-direito-medicina-e-psicologia?ref=topic_feed> Acesso em: 05 abr. 2019.

⁵ BRASIL. op. cit., nota 2.

⁶ POLITANO, op. cit., nota 4.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 05 abr. 2019.

⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 [e-book]

⁹ FUZA, op. cit., nota 1.

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Barriga de aluguel: o corpo como capital*. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100148051/artigo-barriga-de-aluguel-o-corpo-como-capital-por-rodrico-da-cunha-pereira>> Acesso em: 05 abr. 2019.

quanto do nascituro, em suma, necessitam de consultas médicas e exames laboratoriais periódicos.

Dessa forma, é importante que não ocorra o prejuízo financeiro pela doadora o que inibiria a realização desse instituto.

O recente julgado pelo juiz do TJBA entendeu que é cabível a extensão do plano de saúde em favor da gestante solidária para que fosse incluída como beneficiária do plano¹¹, desde o período pré-natal até ao puerpério, sendo beneficiária temporária, ficando amparada pela mesma cobertura que a titular.

Ademais, o Juízo se posicionou no sentido de que a parte autora atendeu a todos os requisitos necessários para possibilitar a gestação de substituição conforme a Resolução CFM nº 2.121/2015¹², entendendo que a não extensão da cobertura do plano de saúde para a gestante de substituição é abusiva¹³.

Compreende-se assim, que se a autora fosse a gestante teria direito à cobertura pelo plano. Logo, a gestante solidária que está concebendo o nascituro, que será esse acobertado pelo plano futuramente, deve em sentido lógico, ter garantido igualmente a cobertura médica devida.

Percebe-se que os principais fundamentos do pedido autoral foram em relação ao direito da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde e o direito de igualdade de filiação¹⁴ previstos na Constituição da República Federativa do Brasil¹⁵.

Quando tratar-se de direito fundamental à saúde, deverá ser acompanhado dos princípios da boa-fé e da cooperação nos contratos, com a consequente imposição da vigilância do Poder Judiciário nas relações privadas, que são regidas pela autonomia de vontade¹⁶.

Ainda convém lembrar, nos casos em que o casal ou a pessoa solteira que deseja realizar o procedimento não possua plano de saúde, é razoável que arque com as despesas

¹¹ KRAMEL, Karim. Juiz defere pedido de beneficiária de plano de saúde para condená-lo a arcar com custos de pré-natal e parto de barriga solidária. Disponível em <https://karimkramel.jusbrasil.com.br/noticias/561348481/juiz-defere-pedido-de-beneficiaria-de-plano-de-saude-para-condena-lo-a-arcar-com-custos-de-pre-natal-e-parto-de-barriga-solidaria?ref=topic_feed> Acesso em: 03 abr. 2019.

¹² BRASIL. op. cit., nota 2.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. *Sentença nº 0565681-17.2015.8.05.0001*. Juíza de Direito: Laura Scalldaferri Pessoa. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do;jsessionid=FDCC26EA77AA544D2FBF7737E044842D.cpopg5?dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&dadosConsulta.ipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=056568117.2015&foroNumeroUnificado=0001&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=056568117.2015.8.05.0001&dadosConsulta.valorConsulta=&vICaptcha=nbivb&processo.codigo=01000J5J40000>> Acesso em: 07 abr. 2019.

¹⁴ KRAMEL, op. cit., nota 11.

¹⁵ BRASIL. op. cit., nota 7.

¹⁶ BRASIL. op. cit., nota 12.

médicas provenientes dessa prática, já que apesar de existir a rede pública de saúde, em alguns casos, os hospitais públicos não são capazes de atender a toda população de forma célere e eficiente.

Observa-se que é exigir demais da gestante, que além da doação temporária do útero por nove meses para que seja gerado um bebê, ela seja submetida a inúmeras limitações como: alimentares, corporais, lazer. Ademais, tenha ainda a restrição econômica para arcar com os custos de exames laboratoriais frequentes e realizar consultas médicas periódicas.

A remuneração pelos futuros pais, dos custos com despesas médicas para a grávida deve ser feito com cautela, tendo em vista que se realizado sem os devidos comprovantes e pedidos médicos, pode gerar fraude, no sentido de que a grávida receba uma remuneração indireta, caracterizando a lucratividade ilícita¹⁷.

Pode-se afirmar que a solução mais simples para evitar essa fraude é que a pessoa que deseja ter um filho utilizando a gravidez por substituição, tenha um plano de saúde para que a gestante possa aderi-lo como beneficiária temporária.

No entanto, insta salientar que ter o plano de saúde não pode ser uma obrigatoriedade imposta por lei para quem quer realizar o procedimento. Nos casos em que não houver plano de saúde contratado pelos futuros genitores, deve haver um acordo entre os sujeitos da gravidez por substituição para que seja convencionado de que maneira a remuneração irá ser feita.

Então, as modalidades cabíveis são: optar pelo sistema público de saúde; pelo pagamento posterior à gestante quando apresentados os recibos médicos; ou o pagamento espontâneo no ato da consulta ou no exame laboratorial.

Portanto, para evitar maiores controvérsias, deve ser editada uma Lei específica, a fim de criar requisitos necessários para que seja possível o recebimento das despesas efetuadas pela gestante em custos médicos. Com o intuito de não haver o enriquecimento sem causa por nenhuma das partes, não tolerado pelo Código Civil¹⁸.

¹⁷ PEREIRA, op. cit., nota 10.

¹⁸ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

2. DA POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DE PENSÃO GRAVÍDICA À GESTANTE SOLIDÁRIA

É oportuno lembrar que, a hipótese de pagamentos gravídicos é uma modalidade da condenação em prestar alimentos, que deve ser paga nos casos em que ainda não nasceu o filho, devendo ser fixados os alimentos no período gestacional¹⁹.

Em 2008 foi instituída a Lei nº 11.804/08²⁰, denominada Lei de alimentos gravídicos, que disciplina o direito de alimentos da mulher gestante. Possui como finalidade garantir os direitos do nascituro, determinando o pagamento de uma verba suplementar mensal à gestante durante o período de gravidez²¹.

A nomenclatura apesar de frequentemente utilizada não é uma das mais corretas, uma vez que não são fornecidos somente alimentos, a melhor nomenclatura deveria ser subsídios gestacionais²².

A referida Lei²³ consiste em que o futuro pai do nascituro preste auxílio à gestante e ao feto, para ajudar nas despesas adicionais referentes à alimentação, à assistência médica e psicológica, aos exames complementares, às internações, ao parto, aos medicamentos e às demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis²⁴, da concepção até o parto²⁵. Ademais pode o juiz determinar outras despesas que forem pertinentes ao caso, isso porque o rol que prevê as hipóteses de despesas não é exaustivo²⁶.

Insta salientar, que se o objetivo da Lei nº 11.804/08²⁷ é proteger o nascituro desde a sua concepção. Em seu art. 2º, especificou quais seriam as necessidades da gestante e criou um parâmetro para aferição da obrigação alimentar, devendo sempre ser observado o binômio necessidade-possibilidade²⁸.

¹⁹ BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia Kirilos Beckert; CARVALHO, Laura Roncaglio de. *Alimentos gravídicos*. Disponível em: <<https://direitofamiliar.com.br/alimentos-gravidicos/>> Acesso em: 30 ago. 2019

²⁰ BRASIL. *Lei nº 11.804/08*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11804.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

²¹ BRASIL. Ordem dos advogados do Brasil Mato grosso do Sul. *Lei dos alimentos gravídicos garante "pensão" durante a gestação*. Disponível em: <<https://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/100392917/lei-dos-alimentos-gravidicos-garante-pensao-durante-a-gestacao>> Acesso em: 11 jul. 2019.

²² DIAS, op. cit., nota 8.

²³ BRASIL. op cit., nota 20.

²⁴ Ibid.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquemático*: v. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 710.

²⁶ DIAS, op. cit., nota 8.

²⁷ BRASIL. op cit., nota 20.

²⁸ LUCENA, Lorena. *Ação de alimentos gravídicos: Pensão para grávidas!* Disponível em: <<https://lucenatorres.jusbrasil.com.br/artigos/434901282/acao-de-alimentos-gravidicos-pensao-para-gravidas>> Acesso em: 11 jul. 2019.

Destaca-se que, uma vez ocorrendo à interrupção indesejada da gravidez, como no caso de aborto espontâneo, não é cabível a restituição dos valores já pagos à gestante, sendo descabível qualquer reembolso aos alimentantes. Por conseguinte, a obrigação de pagar alimentos será extinta²⁹.

Embora exista uma Lei³⁰ específica para alimentos gravídicos, não é previsto nela um procedimento especial. A Lei nº 11.804/08 somente determina que se aplique o rito da ação de alimentos³¹ previsto na Lei nº 5.478/68³² e no Código de Processo Civil³³ de forma supletiva.

A Lei nº 11.804/08 determina alguns requisitos para que o juiz condene o réu a pagar subsídios gestacionais em favor da gestante. É preciso que prove o estado de gravidez; os indícios de paternidade, não sendo necessário o exame de DNA bastando para a prova que se apresente testemunhas³⁴ e comprovação de um relacionamento anterior; a primordialidade oriunda da gravidez; e a capacidade financeira do réu³⁵.

Logo, se a gestante por sub-rogação cumpre todos os requisitos estabelecidos pela Lei nº 11.804/08³⁶, provando o vínculo com os pais do nascituro e bem como verificando o binômio necessidade-possibilidade, é seu direito de receber a pensão gravídica pelas despesas oriundas da gravidez por substituição.

Além disso, mesmo após o período da gestação tradicional, isto é, depois do nascimento, a grávida poderá pleitear o reembolso das despesas que teve relacionadas ao período gestacional³⁷. Assim aplica-se também na hipótese de gravidez solidária.

Tal como prevê Maria Berenice Dias que é possível a aplicação da ação de alimentos gravídicos na hipótese de reprodução assistida³⁸ - conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano³⁹ -

²⁹ DIAS, op. cit., nota 8.

³⁰ BRASIL. op cit., nota 20.

³¹ NACLE, Ricardo Amin Abrahão. *Nascimento de criança não pode prejudicar ação de pensão para grávida*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-05/ricardo-nacle-nascimento-nao-prejudicar-acao-pensao-gravida#_edn1> Acesso em: 11 jul. 2019.

³² BRASIL. *Lei nº 5.478/68*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

³³ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

³⁴ LUCENA, op. cit., nota 28.

³⁵ TANNURI, Claudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. *Alimentos gravídicos não precisam de provas robustas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-30/fixacao-alimentos-gravidicos-nao-provas-robustas-gravidas>> Acesso em: 15 out. 2019.

³⁶ BRASIL. op cit., nota 20.

³⁷ DIAS, op. cit., nota 8.

³⁸ Ibid.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 452.

deve-se da mesma forma ser aplicada nos casos de gravidez sub-rogada.

Enfatize-se que os princípios norteadores do Código Civil, inspirados pelos valores da dignidade da pessoa humana⁴⁰, são essenciais a serem aplicados no caso de recebimento de pensão gravídica na gravidez por sub-rogação.

Destaca-se dentre os princípios o da operabilidade. Segundo Miguel Reale, citando os ensinamentos de Jhering entende que, quando há conflito de caráter teórico sobre a natureza da norma ou sobre a “convivência de ser enunciada de uma forma ou de outra”. A essência do Direito é a realizabilidade, ou seja, o Direito é feito para ser realizado, para ser executado⁴¹.

Por isso é indispensável, para evitar equívocos que a norma tenha operabilidade, devendo prevalecer sobre o elemento que é puramente teórico-formal. Além disso, a operabilidade leva a criação de normas abertas para que o conteúdo seja alterado pela atividade social, denominada pelo Ilustre Miguel Reale de “estrutura hermenêutica”⁴².

Operadores do direito, em situações em que a lei não prevê expressamente, como é o caso da Lei de nº 11.804/08⁴³, sobre a gravidez por sub-rogação, devem realizar, isto é, executar a norma para aplicar o direito para o sujeito em que a lei foi omissa, possuindo, da mesma forma, a garantia prevista na lei.

A grávida por sub-rogação tem despesas de cunho alimentício, assistência médica, exames e internações, da mesma forma que a Lei de alimentos gravídicos prevê. Por isso, tal pagamento efetuado mensalmente como subsídios gestacionais não pode ser considerado como verba de caráter lucrativo ou comercial.

Sob tal enfoque os valores atribuídos a prestação de subsídios gestacionais nunca devem superar o necessário decidido pelo juiz⁴⁴. Devem estar atrelados aos gastos efetivos à gravidez sem que seja fomentado o luxo, ostentação e futilidades, ainda que fosse possível o pagamento pelos genitores⁴⁵.

Isso corrobora o entendimento que o pagamento de pensão por subsídios gestacionais à gestante sub-rogada não caracteriza verba de cunho rentável ou vantajoso,

⁴⁰ NACLE, op. cit., nota 28.

⁴¹ REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>> Acesso em: 11 jul. 2019.

⁴² Ibid.

⁴³ BRASIL. op. cit., nota 20.

⁴⁴ BATISTA, Raissa Nikele. *Os alimentos gravídicos e os direitos inerentes ao suposto pai quando da não confirmação da paternidade*. Disponível em: <<https://raissanikele14.jusbrasil.com.br/artigos/315253060/os-alimentos-gravidicos-e-os-direitos-inerentes-ao-suposto-pai-quando-da-nao-confirmacao-da-paternidade>>. Acesso em: 15 out. 2019.

⁴⁵ BARONI, op. cit., nota 19.

tendo em vista que é vedado pela Resolução do CFM⁴⁶.

Portanto não há vedação legal que impeça que a grávida por substituição possa receber subsídios gestacionais. Sendo, dessa forma, uma hipótese de cabimento da ação de alimentos no polo passivo os pais biológicos do feto.

3. DA NECESSIDADE DE SISTEMA NORMATIVO ESPECÍFICO PARA DIRIMIR CONFLITOS NO QUE DIZ RESPEITO À GRAVIDEZ SOLIDÁRIA

Atualmente não há nenhuma lei que determine como serão as implicações legais desse procedimento. A ausência legislativa traz inúmeros problemas, uma vez que o assunto é extremamente complexo a luz do ordenamento jurídico brasileiro. Há um claro descompasso entre o Poder Legiferante do Estado e o avanço da ciência⁴⁷.

Como cada vez mais evoluiu os avanços tecnológicos, o Direito não pode se manter inerte ou optar pela proibição, ao invés de enfrentar e solucionar os problemas atuais e os quais vierem a surgir eventualmente⁴⁸.

Verifica-se que a regulamentação do tema serviria a evitar que fosse desrespeitada a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que seriam estabelecidos requisitos criteriosos, prevendo as consequências. Tornar-se-ia mais ético e passível de utilização o processo de gestação por outrem com mais facilidade⁴⁹.

Diante disso uma solução encontrada foi ampliar as regras da ética biomédica, como por exemplo a Resolução CFM nº 2.121/2015⁵⁰ indicando atitudes eticamente válidas para o caso da procriação assistida⁵¹.

No Brasil, o Conselho Regional e Federal de Medicina é um órgão legalmente responsável para criar, editar normas, portarias e resoluções acerca de manipulações genéticas, que tem por finalidade a ética, profissionalismo e a moral⁵².

⁴⁶ BRASIL. op cit., nota 2.

⁴⁷ IPPOLITO, Clarice D. *Gestação por substituição*: a possibilidade do uso dessa técnica científica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<https://cladipp.jusbrasil.com.br/artigos/111876296/gestacao-por-substituicao-a-possibilidade-do-uso-dessa-tecnica-cientifica-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁴⁸ SOUZA, Marise Cunha. As técnicas de reprodução Assistida. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade. Bioética. *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 50, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁴⁹ IPPOLITO, op. cit., nota 47.

⁵⁰ BRASIL. op. cit., nota 2.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *ADI nº 4277/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 25 set. 2019.

⁵² LOIOLA, Diêgo Ximenes. *Barriga de aluguel e a sua falta de amparo jurídico*. Disponível em: <<https://cont>

Há apenas uma resolução médica que prevê alguns princípios gerais a serem observados ao realizar essa prática, porém somente essa resolução não é capaz de resolver os conflitos existentes e nem possui base teórica para dirimir futuras implicações.

Sucedem que a Resolução CFM nº 2.121/2015⁵³ existente não é a mais indicada, uma vez que diz respeito apenas ao procedimento dos profissionais envolvidos na técnica e não da sociedade como um todo. Ficam sem uma solução, uma gama de questões que envolvem: a mulher gestante; a mulher e o homem doadores; a exploração econômica da mulher e das clínicas de reprodução assistida; os requisitos a serem exigidos para a maternidade de sub-rogação; os deveres e direitos das partes envolvidas. Tudo em decorrência da falta de previsão legal⁵⁴.

A gravidez sub-rogada é uma realidade nos dias atuais ocorrendo cada vez mais em todo o mundo, e sem uma legislação específica acaba ocorrendo resultados indesejados, causando sofrimentos e angústias durante todo o processo e as vezes depois do parto⁵⁵. A lei deveria ser elaborada dentro de requisitos pré-estabelecidos, dessa forma resolveria de forma objetiva e clara os conflitos que vierem a existir⁵⁶.

A falta de uma inequívoca elucidação do instituto faz com que os juízes, frente a uma lide, acabem por dar decisões conflitantes, submetendo-lhes a apreciação de cada caso concreto julgando pelo seu próprio juízo de valor, sua moral, seu entendimento⁵⁷. Com isso gera a insegurança jurídica que deve ser rechaçada⁵⁸.

Regina Fiuza Sauwen entende que “ao direito cabe a tarefa de proteção da instituição familiar, tida como uma das fontes de segurança social, mas nem por isso, [...] pode fechar os olhos para a realidade dos filhos nascidos de úteros de aluguel ou gerados em provetas, muitas das quais manuseadas por mãos irresponsáveis”⁵⁹.

Alguns doutrinadores veem como alternativa para os casos de gravidez sub-rogada, a realização de um contrato de cessão gratuita do útero, entre os pais biológicos com a grávida sub-rogada, em que todos expressem o seu consentimento com o

eudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47453/barriga-de-aluguel-e-a-sua-falta-de-amparo-juridico> Acesso em: 17 set. 2019.

⁵³ BRASIL. op. cit., nota 2.

⁵⁴ IPPOLITO, op. cit., nota 47.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: O biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 638.

⁵⁷ IPPOLITO, op. cit., nota 47.

⁵⁸ SAUWEN, Regina Fiuza. *O direito “in vitro”*: Da bioética ao biodireito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 55.

⁵⁹ Ibid., p. 101 - 102.

procedimento além de um acompanhamento psicológico⁶⁰.

Sob tal enfoque, há doutrinadores que sustentam que de certa forma poderia afrontar os princípios constitucionais⁶¹, tendo em vista a indisponibilidade e inviolabilidade da vida humana. Contudo o contrato seria sobre a prestação de serviços do aluguel do útero prestado por terceiro e não pela criança⁶².

Ocorre que essa alternativa não é aceita de forma pacífica entre a doutrina, entendem que conforme os arts. 1.118 e 1.200 do Código Civil⁶³, a figura do contrato é aplicável a coisas móveis e imóveis, ou seja, conseqüentemente não se pode considerar a vida humana como objeto de contrato comercial. Portanto o contrato firmado entre as partes seria nulo, e não traria segurança jurídica às partes envolvidas⁶⁴.

Ademais, não há garantia que o contrato realizado entre as partes será efetivamente cumprido, uma vez que pode afrontar questões principiológicas do contrato, bem como pela ausência de regulamentação sobre o tema⁶⁵.

É inegável a necessidade da criação urgente de uma lei específica, com a finalidade de conferir estabilidade para relações jurídicas às partes que dela se usufruírem⁶⁶. Deve o legislador criar menos obstáculos possíveis para que as pessoas possam exercer seu direito, pois podem socorrer-se judicialmente dos eventuais conflitos⁶⁷.

Outrossim, a legislação especial é um direito que é imposto pela Constituição, previsto no art. 5º, XXV⁶⁸. Quando há uma omissão normativa, isto gera lesividade a cidadania e ao Estado de Direito, pois implica em óbice a aplicação dos direitos constitucionais⁶⁹ de forma eficiente⁷⁰.

Destacou-se Miguel Reale que não seria possível prever essa matéria no Código Civil, tendo em vista que tais processos envolvem questões que transbordam do campo jurídico, tendo problemas tanto de bioética quanto de direito processual⁷¹.

Segundo o pronunciamento do Ministro Celso de Mello quando o poder público

⁶⁰ SOUZA, op. cit., nota 48.

⁶¹ BRASIL. op. cit., nota 7.

⁶² IPPOLITO, op. cit., nota 47.

⁶³ BRASIL. op. cit., nota 16.

⁶⁴ SCARPARO, Monica Sartori. *Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p 54.

⁶⁵ LOIOLA, op. cit., nota 52.

⁶⁶ SOUZA, op. cit., nota 48.

⁶⁷ SCARPARO, op cit., nota 55 p. 135.

⁶⁸ BRASIL. op. cit., nota 7.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ LEITE, Gisele. *Direito à legislação em face das omissões da lei*. Disponível em: <<https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/370463735/direito-a-legislacao-em-face-das-omissoes-da-lei>>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁷¹ REALE, op. cit., nota 41.



não cumpre, seja de forma total ou parcial, o dever de legislar, infringe com esse comportamento negativo o direito do ser humano, isto é, com essa omissão estimula o fenômeno da erosão da consciência constitucional⁷².

Afinal, para que o Poder Judiciário aplique corretamente um direito, deverá ele ser realizado por meio de instrumentos jurídicos constitucionalmente⁷³ determinados, para servir de justificação para sua aplicação⁷⁴.

Portanto, enquanto há a omissão do Poder Legislativo para produzir uma lei específica sobre a gravidez por sub-rogação, devem os juízes por meio da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como utilizando a analogia e os princípios gerais de direito, concretizarem o direito, para que com isso sejam atendidos os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, com o propósito de dirimir os casos que venham a existir⁷⁵.

CONCLUSÃO

Com os avanços da medicina, surgiu uma nova forma de se ter filhos diferentemente do método convencional, a prática envolve a utilização do útero de uma terceira pessoa, possibilitando assim que o material genético dos pais biológicos sejam lá colocados, denomina-se essa prática de gravidez por substituição.

Atualmente, regulando a matéria somente existe a a Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 2.121/2015 que possui o objetivo de harmonizar o uso das técnicas de reprodução assistida com os princípios da ética médica, porém a resolução não tem um caráter legal e possui lacunas, que ocasiona diversas dúvidas e controvérsias acerca do instituto.

O entendimento no judiciário é que para seja realizado o procedimento é necessário que seja cumprido todos os requisitos estabelecidos pela Resolução, porém dependendo do caso concreto nada impede que o juiz possa relativizar essas exigências previstas.

A gravidez por substituição é uma realidade nos dias de hoje, ocorrendo cada vez mais no mundo todo. Sem uma legislação específica ocorrem inúmeros resultados

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 244*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo244.htm>>. Acesso em: 27 set. 2019

⁷³ BRASIL. op. cit., nota 7.

⁷⁴ NACLE, op. cit., nota 31.

⁷⁵ LOIOLA, op. cit., nota 52.

conflitantes indesejados, o que causam sofrimentos e angústias.

A cessão temporária de útero é ato de solidariedade, e com isso devem ser analisados os custos, com o intuito que o procedimento seja realizado, para que possa assegurar a boa saúde tanto da gestante quanto do nascituro, assim como garante a Constituição Federal.

Verifica-se quando o assunto é direito fundamental à saúde, impõe-se que deve ser acompanhado dos princípios da boa-fé e da cooperação nos contratos. Por isso, tem como consequência a vigilância do Poder Judiciário nas relações privadas, regidas pela autonomia de vontade.

A Lei de alimentos gravídicos de nº 11.804/08 disciplina o direito de recebimento de subsídios gestacionais de uma mulher gestante. Objetiva garantir os direitos do nascituro, para isso determina o pagamento de uma verba suplementar mensal à gestante durante o período de gravidez.

Igualmente se a gestante por sub-rogação cumpre as exigências que a Lei prevê, é inegável o direito de receber a pensão gravídica pelas despesas oriundas da gravidez por substituição pelos futuros pais do nascituro.

Sob o mesmo ponto de vista, se a grávida por sub-rogação tem despesas de cunho alimentício, assistência médica, exames e internações, conforme a Lei de nº 11.804/08 prevê o pagamento de subsídios gestacionais não pode ser considerado como verba de caráter lucrativo ou comercial.

É evidente, a necessidade da criação de uma lei específica, com o intuito de garantir a estabilidade para relações jurídicas às partes que dela se usufruírem, para tanto a lei específica deve ser elaborada dentro de requisitos pré-estabelecidos, dessa forma resolveria de forma objetiva e clara os conflitos que vierem a existir.

Ainda mais que a legislação especial se verifica como um direito imposto pela Constituição, com arrimo no artigo 5º, XXV, isso porque quando há uma omissão normativa implica em óbice na aplicação dos direitos constitucionais de forma eficiente.

Logo, diante da omissão do Poder Legislativo para produzir uma lei específica sobre a matéria, devem os magistrados por meio do Código Civil, bem como utilizando a analogia e os princípios gerais de direito dirimir os conflitos que venham a se formar diante da complexidade do assunto. Ademais devem buscar atender aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia Kirilos Beckert; CARVALHO, Laura Roncaglio de. *Alimentos gravídicos*. Disponível em: <<https://direitofamiliar.com.br/alimentos-gravidicos/>> Acesso em: 30 ago. 2019.

BATISTA, Raíssa Nikele. *Os alimentos gravídicos e os direitos inerentes ao suposto pai quando da não confirmação da paternidade*. Disponível em: <<https://raissanikele14.jusbrasil.com.br/artigos/315253060/os-alimentos-gravidicos-e-osdireitos-inerentes-ao-suposto-pai-quando-da-nao-confirmacao-da-paternidade>>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. *Lei nº 5.478/68*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Lei nº 11.804/08*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11804.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Resolução CFM nº 2.121/2015 de 24 de setembro de 2015*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *ADI nº 4277/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 244*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo244.htm>>. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça da Bahia. *Sentença nº 0565681-17.2015.8.05.0001*. Juíza de Direito: Laura Scalldaferri Pessoa. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?jsessionid=FDCC26EA77AA544D2FBF7737E044842D.cpopg5?dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=056568117.2015&foroNumeroUnificado=0001&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=056568117.2015.8.05.0001&dadosConsulta.valorConsulta=&v1Captcha=nbivb&processo.codigo=01000J5J40000>> Acesso em: 07 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 [e-book].

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FUZA, Julia Casares. *Reprodução Assistida: Barriga solidária e Barriga de aluguel: uma*

análise jurídica e social. Disponível em <https://juliacasaresfuza.jusbrasil.com.br/artigos/337791410/reproducao-assistida-barriga-solidaria-e-barriga-de-aluguel-uma-analise-juridica-e-social?ref=topic_feed> Acesso em: 04 abr. 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: O biodireito e as relações parentais - O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquematizado: v. 3*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

IPPOLITO, Clarice D. *Gestação por substituição: a possibilidade do uso dessa técnica científica à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<https://cladipp.jusbrasil.com.br/artigos/111876296/gestacao-por-substituicao-a-possibilidade-do-uso-dessa-tecnica-cientifica-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>> Acesso em: 17 set. 2019.

KRAMEL, Karim. *Juiz defere pedido de beneficiária de plano de saúde para condená-lo a arcar com custos de pré-natal e parto de barriga solidária*. Disponível em: <https://karimkramel.jusbrasil.com.br/noticias/561348481/juiz-defere-pedido-de-beneficiaria-de-plano-de-saude-e-para-condena-lo-a-arcas-com-custos-de-pre-natal-e-parto-de-barrigasolidaria?ref=topic_feed> Acesso em: 03 abr. 2019.

LEITE, Gisele. *Direito à legislação em face das omissões da lei*. Disponível em: <<https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/370463735/direito-a-legislacao-em-face-das-omissoes-da-lei>>. Acesso em: 17 set. 2019.

LOIOLA, Diêgo Ximenes. *Barriga de aluguel e a sua falta de amparo jurídico*. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47453/barriga-de-aluguel-e-a-sua-falta-de-amparo-juridico>>. Acesso em: 17 set. 2019.

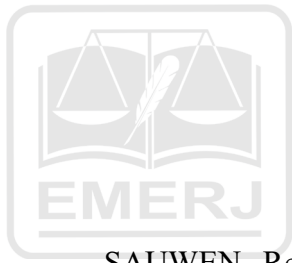
LUCENA, Lorena. *Ação de alimentos gravídicos: Pensão para grávidas!* Disponível em: <<https://lucenatorres.jusbrasil.com.br/artigos/434901282/acao-de-alimentos-gravidicos-pensao-para-gravidas>> Acesso em: 11 jul. 2019.

NACLE, Ricardo Amin Abrahão. *Nascimento de criança não pode prejudicar ação de pensão para grávida*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-05/ricardo-nacle-nascimento-nao-prejudicar-acao-pensao-gravida#_edn1> Acesso em: 11 jul. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Barriga de aluguel: o corpo como capital*. Disponível em <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100148051/artigo-barriga-de-aluguel-o-corpo-com-o-capital-por-rodrigo-da-cunha-pereira>> Acesso em: 05 abr. 2019.

POLITANO, Ricardo. *Aspectos jurídicos da “barriga solidária” (gestação por substituição) - Um necessário diálogo entre Direito, Medicina e Psicologia*. Disponível em <https://ricardopolitano.jusbrasil.com.br/artigos/472273664/aspectos-juridicos-da-barriga-solidaria-gestacao-por-substituicao-um-necessario-dialogo-entre-direito-medicina-e-psicologia?ref=topic_feed> Acesso em: 05 abr. 2019.

REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>> Acesso em: 11 jul. 2019.



SAUWEN, Regina Fiuza. *O direito “in vitro”*: Da bioética ao biodireito. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCARPARO, Monica Sartori. *Fertilização assistida*: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SOUZA, Marise Cunha. As técnicas de reprodução Assistida. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade. Bioética. *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 50, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

TANNURI, Claudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. *Alimentos gravídicos não precisam de provas robustas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-30/fixacao-alimentos-gravidicos-nao-provas-robustas-gravidas>> Acesso em: 15 out. 2019.

O ARTIGO 139, INCISO IV, DO CPC E OS LIMITES AO PODER DO JUIZ NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Rebeca Gonçalves de Melo

Graduada pela Universidade Católica de Petrópolis. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

Resumo—A formação da sociedade resultou em todo tipo de lide, que nem sempre pode ser resolvida diretamente pelas pessoas envolvidas. Dessa forma, entra em destaque a figura do juiz, como representante do Estado para dirimir tais questões, a fim de se alcançar uma tutela jurisdicional por meio da sentença. Acontece que algumas vezes tal comando judicial não é obedecido, sendo necessária a satisfação forçada da dívida. Para isso o juiz se utiliza do meio da execução, que podem ser típicos ou atípicos, a fim de possibilitar a plena satisfação da dívida ao credor. A essência do trabalho é abordar as situações em que são aplicadas os meios de execução atípicos, verificar a possibilidade de cada uma e qual melhor se encaixa na resolução da pretensão.

Palavras-chave –Direito Processual Civil. Poderes Executórios do Juiz. Cumprimento da Sentença.

Sumário – 1.A atipicidade dos meios executivos no direito processual civil brasileiro e sua aplicação 2. Critérios para fixação da medida executiva atípica: observância dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade, da proibição de excesso e dos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução3.Das diretrizes para concretização do princípio da atipicidade das medidas executivas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a questão relativa aos poderes do Juiz no processo de execução. Sabe-se que a finalidade do processo é, sem dúvida, a satisfação do credor, sendo esta a razão última de toda a dinâmica processual, uma vez que de nada adiantaria toda a movimentação do aparelho judiciário se, ao fim e ao cabo, não houver efetividade, ou seja, a materialização do comando existente no título executivo.

Ora, uma vez obtida a decisão favorável sobre o bem da vida perseguido, resta a plena satisfação do mesmo, o que se dá por meio do cumprimento da sentença ou execução do título, procedimentos estes disciplinados de maneira metódica pelo CPC.

Assim, tanto o cumprimento de sentença quanto a execução do título vão avançando de acordo com as fases estabelecidas pelo CPC, tudo com vistas a satisfazer a obrigação já reconhecida no título.



Ocorre que nem sempre esta fase do procedimento alcança seu objetivo por uma série de motivos que somente o curso da dinâmica processual revela.

Pode ocorrer, por exemplo, que o devedor ou executado, citado, não cumpra voluntariamente a obrigação e os atos posteriores de execução forçada mostrem que não há patrimônio que garanta a execução, seja porque o devedor/executado o esconda por meio de expediente procrastinatórios, seja porque realmente não o tenha.

Em situações que tais, o credor/exequente tem o título mas não alcança a satisfação já reconhecida; contudo, a mais moderna doutrina e jurisprudência processual civil, sempre na vanguarda de busca de soluções jurídicas que possibilitem ao jurisdicionado ver realizado seu direito, enxergou a possibilidade de reconhecer ao juiz poderes que possibilitem coagir o devedor/executado a efetivamente cumprir a obrigação a que foi condenado, sendo esta a proposição do presente trabalho.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade, da proibição de excesso, além dos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução estão em de acordo com a medida executiva atípica intitulada.

O tema é essencialmente controvertido. Doutrina e jurisprudência tecem diversas questões sobre o tema, e por isso merece tanta atenção, uma vez que pode definir diversas formas de satisfação do crédito.

Para melhor compreensão do tema, busca-se superar tais dilemas, visto que, muitos juízes vêm determinando, a pedido do credor e até mesmo de ofício, medidas atípicas, como apreensão de passaporte, da carteira nacional de habilitação e até de cartão de crédito. Avaliar os limites de tais medidas e até que ponto são razoáveis é o que se propõe com o presente trabalho.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a atipicidade dos meios executivos no direito processual brasileiro. Aqui são discutidos os meios de coerção, e apresentadas as medidas atípicas.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, sobre os critérios para fixação da medida executiva atípica, além da observância dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade, da proibição de excesso e dos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução.

O terceiro capítulo vai expor a síntese das diretrizes para concretização do princípio da atipicidade das medidas executivas, como e se elas podem ser aplicadas.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e

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

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

1. OS MEIOS EXECUTIVOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E SUA FORMA DA APLICAÇÃO

As relações pessoais forjaram o mundo para que hoje a sociedade fosse da forma como funciona atualmente.

O início da formação da sociedade exigiu que as pessoas se unissem para que a evolução das relações sociais ocorresse, regulando a vida em grupo.

A vida em sociedade sempre foi necessária, porém muitas vezes complicada em razão da complexidade das relações intersubjetivas. Quando pessoas diferentes, com ideias e pensamentos diferentes convivem, conflitos surgem a todo momento.

Para que as pessoas pudessem viver em paz, houve a necessidade de regulamentar por meio de regras impositivas as questões surgidas no meio social, ou seja, as pretensões de uma pessoa em relação à outra.

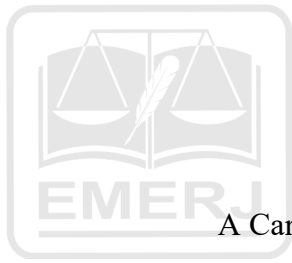
Quando as pessoas envolvidas em um eventual conflito não conseguiam resolvê-lo pacificamente, apresentaram as suas pretensões ao Estado, na pessoa do juiz, as quais o direito resolveu chamar de lide, ou seja, a pretensão deduzida em juízo.

A forma cunhada pelo Direito para resolução dos conflitos em sociedade foi denominada processo, que é um conjunto de peças processuais e documentos, seguindo um determinado rito, a fim de se alcançar uma tutela jurisdicional, deferida pelo juiz por meio da sentença.

A sentença é a segurança de que existe uma tutela jurisdicional, ou seja, uma ordem judicial do Estado, a ser cumprida. Porém, nem sempre isso acontece espontaneamente. Às vezes, mesmo munido de sentença ou título judicial, o autor não consegue ver satisfeito o seu direito. Quando isso ocorre, ele deve socorrer-se do processo de execução.

Segundo Humberto Ávila¹, o princípio do devido processo legal “tem a função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade dos direitos”.

¹ÁVILLA, Humberto. *O que é devido processo legal?*. Salvador: JusPODIVM, 2010. cit., p. 57.



A Carta Magna instituiu, no artigo 5º, XXXV², o direito de ação, ou seja, o direito de qualquer pessoa exigir do Estado, na pessoa do juiz, que este dê uma solução à sua pretensão em face de outra, sendo este direito a todos assegurado.

Assim, o direito à esta prestação é um poder jurídico conferido a um cidadão de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação, ainda que de maneira forçada, as quais podem ser de fazer, de não fazer, ou de dar.

Acontece que algumas vezes, o comando judicial não é obedecido por aquele que foi condenado à prestação, sendo necessário a utilização de uma tutela executiva, obtida no processo de conhecimento, a fim de que a prestação jurisdicional alcançada seja efetivada.

Neste sentido, o artigo 786 do Código de Processo Civil ³dispõe que, para haver tutela executiva é necessário inadimplemento, ou seja, a tutela executiva surge para o sujeito quando sua prestação não foi atendida.

O termo execução significa satisfação forçada de uma prestação devida. Existem várias formas de satisfação, podendo ela se dar de forma espontânea, quando o devedor cumpre a obrigação espontaneamente, ou forçada, quando o devedor é obrigado pelo Estado-juiz a cumprir a prestação por meio de atos executivos.

Segundo Fredie Didier Jr.⁴, “executar é satisfazer uma pretensão devida”. Em outras palavras, ao veicular uma pretensão condenatória, o acionante quer que o magistrado imponha ao acionado a satisfação de uma pretensão devida e exigível. Por isso se socorre da execução.

A fim de possibilitar ao credor a plena satisfação do direito que lhe foi conferido pela tutela jurisdicional prestada pelo Estado-juiz por meio da sentença, havia necessidade de criar-se meios pelos quais o Processo Civil Brasileiro possibilitaria ao credor obter o cumprimento da tutela jurisdicional que lhe foi reconhecida.

Durante muito tempo, a ideia concretizada no ordenamento jurídico era de que o julgador apenas podia utilizar-se de meios tipicamente instituídos em lei para forçar o cumprimento da obrigação pelo inadimplente, ou seja, a execução limitava-se a observar exclusivamente o rito processual estabelecido claramente no Código de Processo Civil.

Contudo, em muitas situações, o credor não conseguia alcançar a satisfação plena de seu direito, devidamente reconhecido pelo Estado, isso devido a diversos motivos, como ausência de bens penhoráveis, o que acabava por afastar a garantia de justiça das partes no

²BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 27 mai. 2017.

³BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 27 mai. 2017.

⁴DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 47.

processo, jogando por terra os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais sobre a matéria.

Verificava-se, desta forma, que nem sempre os meios legalmente dispostos no Código de Processo Civil Brasileiro eram suficientes para que o credor conseguisse a plena satisfação do seu crédito, ficando ele munido de um título executivo, porém, sem qualquer possibilidade de materialização do mesmo.

Diante disso, o princípio da tipicidade dos meios executivos foi dando abertura ao princípio da concentração dos poderes de execução do Estado-juiz, ou, como conhecido atualmente, princípio da atipicidade.

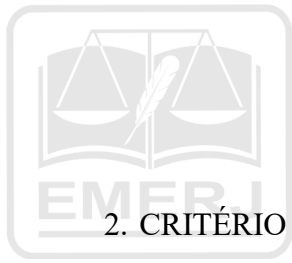
O atual Código de Processo Civil trouxe uma tendência de ampliação dos poderes executórios do juiz, permitindo ao magistrado analisar cada caso, e diante de circunstâncias específicas, aplicar o meio executivo que considerar mais apropriado, seja de coerção direta ou indireta.

A fim de possibilitar a plena satisfação do crédito reconhecido no título judicial, o Código de Processo Civil Brasileiro estabeleceu a técnica do cumprimento de sentença, conforme consta do artigo 513⁵ e seguintes, onde o devedor, segundo os termos dos parágrafos primeiro e segundo, é intimado a cumprir a sentença pagando a quantia devida, o que é feito por meio de iniciativa do exequente.

O cumprimento de sentença, pode ser provisório ou definitivo, dividindo-se dentro do título II, do Código de Processo Civil em vários capítulos, regulamentando a obrigação de pagar quantia certa, de prestar alimentos, de pagar quantia certa pela Fazenda Pública, de cumprimento de obrigação de fazer, de não fazer e de entregar coisa.

Não alcançado esse intento por meio deste procedimento um tanto mais célere, parte-se então para o processo de execução em suas diferentes vertentes.

⁵BRASIL. op cit., nota 3.



2. CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DA MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA: OBSERVÂNCIA DOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE, DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E MENOR ONEROSIDADE DA EXECUÇÃO

Pelo princípio da tipicidade dos meios executivos, entende-se que os títulos previstos em lei são *numerusclausus*, ou seja, o detentor do título só pode valer-se dos meios típicos de execução se o título que possui estiver elencado no art. 139 do CPC⁶, sendo certo que o juiz só poderá determinar o avanço do processo executivo, com vistas à satisfação da obrigação, se a mesma estiver prevista em lei, não podendo inovar nessa seara.

Isto se pode afirmar quando se trata de execução de título extrajudicial ou mesmo de cumprimento de sentença – já que a esta se aplica, subsidiariamente, os dispositivos do título de execução, já que estas são regidas pelas medidas típicas de execução.

Sabe-se que a marcha do processo executivo deve avançar até que o credor atinja seu objetivo, qual seja, a satisfação do direito que o título lhe reconhece, realizando-se, assim, a plenamente seu direito.

Contudo, na prática tem se demonstrado que nem sempre o processo executivo alcança o desiderato para o qual foi criado, já que em muitos casos, o credor não consegue a satisfação de seu direito em razão de inúmeras intercorrências, dentre as quais, por exemplo, pode-se citar a ausência de bens penhoráveis, a impossibilidade de bloqueio de valores, etc.

Nesses casos, o Direito, sempre atento às mudanças sociais, procura alcançar meios de realizar o processo como fim último de distribuir justiça, e, especificamente, no caso de execuções frustradas como no caso acima, a leidesenvolveu, no artigo citado abaixo, um meio de forçar o executado a cumprir a obrigação que lhe foi imposta no processo executivo.

Os Juízos, passaram a adotar outras fórmulas para substituir os meios executivos típicos pelos atípicos, com fundamento no art. 316, IV, do CPC⁷, que assim dispõe:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV- determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

⁶Ibid

⁷Ibid.

Abriu-se, assim, a possibilidade de uma nova forma de fazer com que a execução continuasse forçando o devedor a quitar sua obrigação.

A isto se tem dado o nome de Meios Atípicos de Execução, e quando se fala no Princípio da Atipicidade dos Meios Executivos, é necessário delimitar alguns fatores para o juiz dele se utilize, até porque não há, ainda, um consenso sobre tal procedimento.

Analisando friamente a letra da regra prescrita pelo art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015⁸, há de se concluir que o magistrado teria o poder de escolher quaisquer medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias que entendesse necessárias para o cumprimento da execução.

Mas para que se aplique tal modalidade, é necessário que não se perca de vista os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição de excesso, bem como os princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução, como uma forma de contrabalançar esse poder conferido pela norma processual ao juiz, sob pena de serem feridos outros Princípios relativos aos direitos do executado, como, e especialmente, o da dignidade da pessoa humana e o direito de ir e vir.

Inicialmente é necessário observar o postulado da proporcionalidade. É importante que a medida plicada traga um bem maior do que o malefício causado. Tal ideia está ligada também ao princípio da menor onerosidade para o devedor.

Também é importante que tal medida seja necessária. A aplicação da medida executiva atípica é exceção que só deve ser intentada depois de usados todos os outros meios típicos possíveis para a execução da dívida. Pode-se considerar algo necessário quando somente daquela forma torna-se possível o alcance do objeto pretendido.

Além disso, é necessário que seja adequada. Não se pode falar em aplicação da medida atípica se essa não estiver estritamente relacionada com a finalidade pretendida. Para que a medida seja aplicada é necessário que ela seja útil, ou seja, específica para aquele fim, que no caso, é a satisfação de um crédito. Dessa forma, se a medida não persuade o devedor a pagar, ela será ineficaz, e portanto, ilegítima.

Na escolha da medida executiva a ser selecionada, é preciso levar em conta também o postulado da razoabilidade. Não se pode considerar que a medida aplicada proponha um ônus muito maior do que o benefício que venha a causar, como por exemplo, quando submete o devedor a meios vexaminosos, que atingem sua dignidade ou o impede de administrar sua vida pessoal causando-lhe dissabores incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.

⁸Ibid.



Por fim, conforme expõe Humberto Ávilla⁹ sobre o postulado da proibição de excesso, “a realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir a restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia.”.

O artigo 8º do Código de Processo Civil¹⁰ preceitua o princípio da eficiência. Tal princípio tem como base a soma dos fatores capazes de realizar plenamente o direito material perseguido, da melhor forma possível e com o menor grau de onerosidade para quem quer que seja.

Já o princípio da menor onerosidade da execução, como pouco falado, propõe que, havendo duas formas eficazes de se satisfazer a execução, deve-se optar por aquela que for menos onerosa ao devedor.

Ao julgar necessário a aplicação de uma medida atípica de execução, o magistrado deve ponderar tudo o que foi colocado. Atualmente pode-se observar que corriqueiramente os juízes vêm aplicando tais medidas sem observância de dos critérios mínimos necessários à sua sustentação, o que tem provocado reações das mais diversas por parte dos Tribunais.

Dentre as medidas atípicas, as que vêm sendo aplicadas com mais frequência são a suspensão temporária da permissão para dirigir, a apreensão do passaporte e a proibição do uso de cartão de crédito.

O assunto em questão tem se mostrado bastante controverso, e neste sentido, em razão de diversos julgamentos a favor e contra tais medidas, em Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, o Partido dos Trabalhadores (PT), requereu a declaração de inconstitucionalidade do artigo 319, IV, do Código de Processo Civil, para que se impossibilitasse a sua utilização para determinar a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, da apreensão de passaporte e da proibição de participação em concurso público e/ou licitação pública. A ADInº 5941¹¹ ainda aguarda julgamento.

Antes de tudo é preciso observar que para a aplicação de uma medida atípica de execução, o magistrado deve se atentar que se tenha, no processo de origem, cumprido o contraditório e a devida fundamentação da decisão que a determina.

O STJ tem enfrentado o tema diariamente. Apesar de forma mais conservadora, a doutrina e a jurisprudência já têm ideias concretas sobre o assunto.

⁹ÁVILLA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 188.

¹⁰Ibid.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5941*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458217>> Acesso em: 01 mar. 2019.

Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, expõem o entendimento de que¹²:

[...] entendemos que não são possíveis, em princípio, medidas executivas consistentes na retenção de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) ou de passaporte, ou ainda o cancelamento dos cartões de crédito do executado, como forma de pressioná-lo ao pagamento integral de dívida pecuniária. Essas não são medidas adequadas ao atingimento do fim almejado (o pagamento de quantia) não há, propriamente, uma relação meio/fim entre tais medidas e o objetivo buscado, uma vez que a retenção de documentos pessoais ou a restrição de crédito do executado não geram, por consequência direta, o pagamento da quantia devida ao exequente. Tais medidas soam mais como forma de punição do devedor, não como forma de compeli-lo ao cumprimento da ordem judicial e as cláusulas gerais executivas não autorizam a utilização de meios sancionatórios pelo magistrado, mas apenas de meios de coerção indireta e sub-rogatórios.

Diferente do entendimento acima exposto, Daniel da Amorim Assumpção defende que o devedor continua podendo ir aos mesmos lugares com uso de outros meios de transporte, sendo que não viola a dignidade da maioria da população brasileira o fato de não ter acesso ao uso de automóvel.¹³

Para esse autor, se o executado não tem como solver a presente dívida, também não tem recursos para viagens internacionais ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão crédito.

A jurisprudência vem entendendo em conformidade com Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁴, visto que a suspensão temporária para dirigir não afrontaria o direito fundamental de ir e vir, já que existem outras formas de locomoção:

[...] Ora, quem não tem dinheiro para pagar o valor que lhe é exigido na execução, nem tem bens para garantir tal atividade, também não tem dinheiro para ser proprietário ser proprietário de veículo automotor, e, por isso, não tem a necessidade de possuir habilitação. Com isso, suspender tal direito só viria a atingir aqueles que, de modo sub-reptício, camuflam a existência de patrimônio com o deliberado fim de fugir à responsabilidade pelo pagamento do débito[...].

Com feito, mesmo com grande divergência doutrinária e jurisprudencial e ainda sem um posicionamento concreto do STF, as medidas atípicas são instrumento processuais vigentes e que vêm sendo aplicadas, devendo se submeter às particularidades de cada caso e aos limites que garantem o atendimento aos princípios e pressupostos aqui expostos para que,

¹²DIDIER JR, op. cit., p. 117.

¹³NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa. *Revista de processo*, São Paulo, 2017, v. 42, n. 265, p. 107-150, mar., 2017.

¹⁴NEVES, Daniel; SHIMURA, Sérgio. *Novas perspectivas da execução civil – cumprimento da sentença. Execução no processo civil: novidades & tendências*. São Paulo: Método, 2005, p. 197.



somadas todas as condições, o magistrado busque a melhor alternativa para se alcançar a eficiência do processo e o pagamento da obrigação.

3. DAS DIRETRIZES PARA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS

Dando seguimento à linha de raciocínio, é possível compreender, pela leitura do presente trabalho, que o Código de Processo Civil traz as cláusulas gerais processuais executivas, em seus artigos 139, IV, 297 e 536 §1^o¹⁵.

Inicialmente, é necessário observar que na execução de pagamento de quantia, primeiro aplica-se a tipicidade dos meios executivos, sendo que os meios atípicos de execução serão subsidiários apenas, conforme todo o exposto durante o trabalho.

Considerando todas as medidas, antes de aplicar alguma delas, exige-se que no processo de origem tenham sido observados o contraditório e a ampla defesa, além da devida fundamentação da decisão que opta pela medida e, principalmente, que se esteja diante de uma ocorrência de ocultação de patrimônio, visando a objeção do pagamento.

As medidas atípicas de execução constantes do art. 139, VI, CPC ¹⁶devem ser aplicadas somente após a prévia tentativa de constrição por meios menos onerosos ao executado, para que seja observado a proporcionalidade e razoabilidade.

Analisando a jurisprudência é possível observar que ainda existem muitas decisões que divergem. A 17^o câmara de Direito Privado do TJ/ SP¹⁷ firmou entendimento de que seria possível a suspensão da carteira de habilitação de um devedor.

De acordo com o Tribunal supracitado, o padrão de vida expressado pelo executado por meio de suas redes sociais indica que ele certamente não estaria na penúria, sugerindo a ocultação de patrimônio para dificultar que seus credores encontrem meios de receber os valores que lhe são devidos.

Já é entendimento pacífico do STJ que a suspensão temporária da permissão para dirigir não afrontaria o direito fundamental de ir e vir, pelo menos não de forma integral, visto que é possível ao executado utilizar-se de outros meios de locomoção, que não necessariamente o carro:

¹⁵Ibid.

¹⁶Ibid.

¹⁷MIGALHAS. *TJ/SP autoriza suspensão de CNH de devedor para pagamento de dívida*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI309540,71043JSP+autoriza+suspensao+de+CNH+de+devedor+par+a+pagamento+de+divida>. Acesso em: 16 set. 2019.

[...]Em relação à suspensão da CNH do devedor, o ministro disse que a jurisprudência do STJ já se posicionou no sentido de que referida medida não ocasiona ofensa ao direito de ir e vir. Para Salomão, neste ponto, o recurso não deve nem ser conhecido, já que o habeas corpus existe para proteger o direito de locomoção. “Inquestionavelmente, com a decretação da medida, segue o detentor da habilitação com capacidade de ir e vir, para todo e qualquer lugar, desde que não o faça como condutor do veículo”, afirmou Salomão. O ministro admitiu que a retenção da CNH poderia causar problemas graves para quem usasse o documento profissionalmente, mas disse que, nesses casos, a possibilidade de impugnação da decisão seria certa, porém por outra via diversa do habeas corpus, “porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção” [...].¹⁸

De outra forma, continua sem enfrentamento pelos Tribunais Especiais a restrição do uso de cartão de crédito, porém vem sendo amplamente aplicada, principalmente nos casos em que o devedor, mesmo inadimplente com a obrigação, se mostra de forma pública, vivendo uma vida com gastos exorbitantes, como nas redes sociais, e se mostrando despreocupado com novos endividamentos.

O Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região entendeu como sendo possível a restrição do uso de cartão de crédito:

TRT-18 - AGRAVO DE PETICAO AP 00987002920075180102 GO 0098700-29.2007.5.18.0102 (TRT-18) Jurisprudência•Data de publicação: 22/03/2019 EMENTA " EMENTA SUSPENSÃO DOS CARTÕES DE CRÉDITO DO DEVEDOR TRABALHISTA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ATO ILEGAL. A determinação de suspensão do cartão de crédito do devedor trabalhista, depois de exauridas, em face da empresa e dos sócios, todas as tentativas de satisfação do débito executado, não constitui ato ilícito. A matéria está disciplinada no art. 139 , IV , do CPC , dispositivo aplicado subsidiariamente ao processo de execução trabalhista tanto por força do art. 15 do CPC quanto do art. 3º, III, da Instrução Normativa nº 39/2016 do col. TST." (TRT 18ª REGIÃO - 2ª Turma - AP-0000545-15.2012.5.18.0005 - Rel. Desembargador Eugênio José Cesário Rosa, data do julgamento 05/12/2018) (TRT18, AP - 0098700-29.2007.5.18.0102, Rel. PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO, TRIBUNAL PLENO, 22/03/2019)¹⁹

Já o Tribunal do Rio de Janeiro teve entendimento contrário, conforme jurisprudência:

TJ-RJ - Inteiro Teor. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 111605620198190000 Jurisprudência•Data de publicação: 02/05/2019 Decisão: SUSPENSÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO E DO SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. Por outro

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. *Quarta turma não admite suspensão de passaporte para coação de devedor*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-06-05_19-26_Quarta-Turma-nao-admite-suspensao-de-passaporte-para-coacao-de-devedor.aspx>. Acesso em: 13 fev. 2020.

¹⁹JUSBASIL. AP nº 0098700-29.2007.5.18.0102. Disponível em: <<https://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/750945519/agravo-de-peticao-ap-987002920075180102-go-0098700-2920075180102?ref=serp>> Acesso em: 17 set. 2019.



lado, a suspensão do cartão de crédito e da linha de telefonia móvel mostra-se desarrazoada...Recurso em habeas corpus desprovido. 3 Por outro lado, a suspensão do cartão de crédito da agravada e...²⁰

Em relação às medidas de restrição de participação em concursos ou licitação pública, a princípio, feririam o direito constitucional do devedor ao trabalho que produz renda, aumentando sua condição de insolvência e ofendendo, diretamente, os princípios da dignidade da pessoa física ou o livre exercício da atividade econômica da empresa, e por isso, os Tribunais não têm aplicado tal medida.

De modo geral, muitos Tribunais, como o TJ/SP supracitado, ainda entendem que a execução seria exclusivamente patrimonial, razão pela qual as decisões que aplicam medidas atípicas, como a suspensão de passaportes, suspensão do uso de cartão de créditos, suspensão de Carteira Nacional de Habilitação não teriam sentido.

Para a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a suspensão de passaporte de um devedor, para forçá-lo a cumprir com a obrigação em um processo de execução, foi desproporcional, pois violaria o direito de ir e vir e o princípio da legalidade.²¹

De qualquer forma, o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil causou uma mudança muito impactante no processo de execução. A atipicidade dos meios executivos permitem ao juiz se valer, para que ocorra a efetivação do direito, de medidas que não estão legalmente previstas, inominadas, para efetivar sua decisão.

Com o efeito, apesar de ainda ser necessário um posicionamento do STF sobre o assunto, as medidas atípicas de execução vêm sendo aplicadas e são legalmente previstas, apesar de submetidas ao exame de certos crivos, observando-se o caso concreto em questão, além dos princípios da legalidade, do contraditório, da proporcionalidade e razoabilidade, além dos Princípios da dignidade da pessoa humana e da execução do modo menos gravoso ao executado.

Todos esses preceitos são necessários para que, em conjunto com a boa-fé das partes e a atenção do juiz ao princípio da cooperação processual, busque-se a melhor alternativa para se alcançar a eficiência do processo, e por fim, a entrega do bem jurídico tutelado.

²⁰JUSBRASIL.AI n° 0011160-56.2019.8.19.0000. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713199264/agravo-de-instrumento-ai-111605620198190000/inteiro-teor-713199273?ref=serp>> Acesso em: 17 set. 2019.

²¹BRASIL.Superior Tribunal De Justiça. *Quarta Turma não admite suspensão de passaporte para coação de devedor*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-06-05_19-26_Quarta-Turma-nao-admite-suspensao-de-passaporte-para-coacao-de-devedor.aspx> Acesso em: 17 set. 2019.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a dificuldade em se delimitar até onde um juiz poderia ir para forçar um devedor a cumprir com a obrigação. O embate materializa-se na discricionariedade do juiz em escolher qual meio de execução atípico lhe parece melhor.

De um lado, diversos Tribunais e juízes vêm aplicando medidas que, a princípio, parecem inconstitucionais ou que feririam princípios básicos. Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolvem no decorrer da pesquisa, foi possível chegar a conclusão de que as reiteradas decisões judiciais sobre tais conflitos são desprovidas de uma técnica científica – portanto sistemática, uniforme e cientificamente organizada, a fim de garantir segurança jurídica – para aplicação dos meios de execução.

Na prática, as decisões ainda são muito inconsistentes, sendo dadas em todas as direções, sem uma orientação firme acerca do tema.

O entendimento a que chegou esse pesquisador consubstancia-se na ideia de que o juiz deve analisar detalhadamente cada situação e cada princípio intrínseco ao caso para poder decidir de forma correta qual meio de execução que mais se adequa.

Conforme se descortinou no segundo capítulo, esta pesquisa chegou ao entendimento de que é necessário que sejam observados os postulados da proporcionalidade, da necessidade, da adequação, da razoabilidade, além dos princípios da eficiência e da menor onerosidade para o devedor.

O principal argumento usado por este estudo, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que, cada um dos postulados acima descritos deve ser observado para que o juiz não decida conforme sua discricionariedade e aplique medidas descabidas.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a atuação de magistrados em casos como tais não pode ser marcada por uma espécie de discricionariedade desenfreada, sob pena de agravar substancialmente a situação de alguém que já se encontra em desvantagem social.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que existem regras necessárias e fundamentais a serem aplicadas em tais situações, para que no fim, a pretensão, o pagamento da dívida, seja realizado, de forma que consiga o devedor arcar.

AMARAL, Alex Penha; BATISTA, Luiza Veneranda Pereira. *A atipicidade dos meios executivos no novo CPC*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60582/a-atipicidade-dos-meios-executivos-no-novo-cpc>> Acesso em: 29 ago. 2019.

ANDRIOTTI, Rommel. *Medidas executórias atípicas no processo civil*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/medidas-executorias-atipicas-no-processo-civil/18257>> Acesso em: 29 ago. 2019

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. O que é devido processo legal? *Revista dos Tribunais*. Salvador, ano 76, nº 1, p. 50-59, set., 2008.

BRAGA, Paula; CUNHA, Leonardo; DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo. Juspodium. 2019.

BRASIL. *Código Processual Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 08 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal De Justiça. *Quarta turma não admite suspensão de passaporte para coação de devedor*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-06-05_19-26_Quarta-Turma-nao-admite-suspensao-de-passaporte-para-coacao-de-devedor.aspx>. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5941*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458217>> Acesso em: 01 mar. 2019.

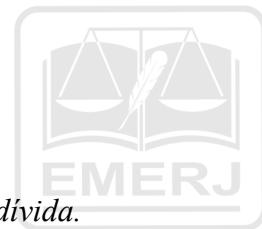
CÂMARA, Alexandre. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4 ed. Rio de Janeiro. Saraiva 2017.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 21 ed. Salvador. Juspodium. 2019.

JUSBRASIL. *AI nº 0011160-56.2019.8.19.0000*. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713199264/agravo-de-instrumento-ai-111605620198190000/inteiro-teor-713199273?ref=serp>> Acesso em: 17 set. 2019.

_____. *AP nº 0098700-29.2007.5.18.0102*. Disponível em: <<https://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/750945519/agravo-de-peticao-ap-987002920075180102-go-0098700-2920075180102?ref=serp>> Acesso em: 17 set. 2019.

MARTINS, Patrícia Helena Marta. *Efetividade no CPC de 2015: as medidas atípicas no processo de execução*. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-tozzinifreire/efetividade-no-cpc-de-2015-as-medidas-atipicas-no-processo-de-execucao-12072019> Acesso em: 30 ago. 2019.



MIGALHAS. *TJ/SP autoriza suspensão de CNH de devedor para pagamento de dívida*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI309540,71043-TJSP+autoriza+suspensao+de+CNH+de+devedor+para+pagamento+de+divida>. Acesso em: 16 set. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa. *Revista Jurídica*. São Paulo, vol. 265/2017, p. 107 - 1502017.

_____; SHIMURA, Sérgio. *Novas perspectivas da execução civil*. 1 ed. São Paulo: Método. 2005.



ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS PELO CONTEÚDO PRODUZIDO

Renan Silva de Carvalho

Graduado pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - Na última década surgiu uma nova atividade profissional graças ao desenvolvimento e a ampliação do uso das redes sociais. Hoje, as redes sociais, dentre elas o *Youtube*, o *Facebook*, o *Instagram* e o *Whatsapp*, são algumas das principais formas de consumo de informações. Nesse ponto surgem os influenciadores digitais como operadores da difusão dessas informações, entretanto, como reflexo da liberdade de expressão não existe qualquer tipo de controle prévio sobre o conteúdo disseminado. Portanto, analisar a responsabilidade desses operadores quanto as informações por eles difundida é essencial, sobretudo em razão do amplo alcance que podem ter.

Palavras-chave—Direito Civil. Responsabilidade Civil. Influenciadores digitais.

Sumário—Introdução. 1. As redes sociais como principal forma de consumo de informações. 2. Influenciadores digitais e tópicos problemáticos. 3. A responsabilidade civil dos influenciadores digitais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A partir dos anos 2000 a internet se tornou cada vez mais presente na vida dos brasileiros. O advento de um período de crescimento econômico e barateamento do acesso a computadores, telefones celulares e *tablets*, bem como o desenvolvimento tecnológico desses itens, tornou-os cada vez mais indispensáveis para o pleno convívio social. É nesse ambiente de profusão econômica e tecnológica que nasceram e se desenvolvem as redes sociais.

Antes ligadas apenas ao lazer, hoje as redes sociais têm se tornado elemento principal para o consumo de informações em razão da crescente urgência com que as pessoas têm levado suas vidas. Assim, é muito mais fácil se atualizar sobre a política, economia e segurança ao mesmo tempo que se obtém dicas de consumo, nutrição, lazer e atualizações sobre a vida daqueles que estão no seu entorno. Comumente, toda essa facilidade está a um clique de distância, posto que redes como *Youtube*, *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, etc. são aplicativos “obrigatórios” nos aparelhos telefônicos que cada pessoa carrega consigo todos os dias.

Além dos usuários comuns, as redes sociais são alimentadas por um grupo peculiar de pessoas que surge justamente dessa profusão tecnológica e da maior garantia ao exercício da

liberdade de expressão. Esses são os influenciadores digitais. Eles expõem sua vida cotidiana nas redes e tendem a atrair e concentrar a maior parte do público que frequenta a internet atualmente. A liberdade de expressão possibilitou que todo tipo de conteúdo seja produzido e exposto na internet por esses influenciadores. Assim, como exemplos de influenciadores digitais são possíveis encontrar crianças agenciadas por seus responsáveis, adolescentes filmando seu cotidiano e, o mais inusitado, políticos e juristas tentando comunicar com a população sem agências intermediárias.

O controle das informações por eles disseminadas ainda é precário e está em constante construção. As próprias plataformas possuem algumas formas de controle prévio, entretanto, ainda muito insipientes exigindo constante complementação e desenvolvimento. Informações inverídicas, ou até mesmo informações de natureza técnica-científica são disponibilizadas sem qualquer compromisso com a verdade ou com métodos empíricos de validação. Nesse sentido, considerando o enorme alcance dessas informações publicadas não pode o Direito estar alheio a essa evolução tecnológica.

Cabe aos operadores do Direito localizar estes influenciadores digitais dentro da dogmática jurídica atual, identificando sua responsabilidade e as formas de controle das informações. Algumas questões são relevantes diante das diversas espécies de influenciadores existentes, posto que já podem existir regras de decoro a depender do ofício que ocupem no mundo real. Essa pesquisa, portanto, visa responder tais questionamentos.

O primeiro capítulo buscará apresentar as redes sociais como a principal forma de consumo de informação nos tempos atuais apresentando números e pesquisas para validação empírica. Nesse capítulo será ainda introduzido um conceito para a ocupação de influenciador digital, feita uma análise de suas características, origem e espécies.

O segundo capítulo, apresentará os principais aspectos dos influenciadores digitais, elegendo a plataforma *Youtube* para partindo de um modelo de problematização questionar o controle que é, ou que pode ser exercido, sobre os produtores de conteúdo.

O terceiro, e último capítulo, buscará explorar as possíveis respostas para o caso concreto apresentado no capítulo anterior, verificando a resposta da jurisprudência até o momento. Para tanto irá explorar o sistema de responsabilidade civil contraposto as novas tecnologias e demonstrar que esse sistema pode servir como forma de controle das informações difundidas pelos influenciadores digitais e impedir ou reduzir a causação do dano coletivo. Aqui já é possível adiantar que uma peculiaridade dessa ocupação é o fato de que está intimamente ligada ao público. Ao mesmo tempo que o público é alimentado por informações produzidas pelos influenciadores digitais, esses são igualmente alimentados pelo

público que os acompanha gerando o viés econômico da ocupação pelo engajamento que o influenciador é capaz de gerar. Logo, formas de reparação *in natura*, como publicações de resposta podem se revelar como uma das melhores formas de reparação do dano causado.

A pesquisa, portanto, será estruturada pelo método hipotético-dedutivo, pois após contextualização da ocupação dos influenciadores digitais no âmbito da atual dogmática jurídica, no capítulo primeiro, e a colocação dos problemas, no capítulo segundo se buscará a construção de um modelo teórico de controle e reparação dos males que são causados.

Além disso, será realizado um estudo qualitativo das soluções que já se apresentaram ou que são esboçadas pelas plataformas e agências estatais, principalmente o Poder Judiciário.

1. AS REDES SOCIAIS COMO PRINCIPAL FORMA DE CONSUMO DE INFORMAÇÕES

A sociedade contemporânea é fortemente impactada pelo surgimento e desenvolvimento de novas tecnologias. O corpo humano e a presença física não são mais os únicos meios de interação com o mundo exterior posto que os smartphones são itens essenciais e que podem ser considerados extensões dos sentidos humanos¹. No ano de 2013, em pesquisa realizada pelo IBOPE Media o número de pessoas com acesso a internet no Brasil chegou a 105 milhões, considerando qualquer ambiente de acesso, ou seja, domicílios, trabalho, escolas e espaços públicos². Esse número cresce exponencialmente ano após ano, já sendo possível falar em 120,7 milhões de brasileiros com acesso a rede mundial de computadores, segundo pesquisa realizada no ano de 2017, divulgada pelo Comitê Gestor da Internet do Brasil (CGI.br)³. Na mesma pesquisa é possível perceber que 87% (oitenta e sete por cento) dos brasileiros usam a internet todos os dias ou quase todos os dias e dentre os usuários, 58,7 milhões de brasileiros utilizam exclusivamente o celular para realizar os acessos.

¹IBOPE INTELIGÊNCIA. *Smartphones se transformam em extensão dos sentidos*.2013. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/smartphones-se-transformam-em-extensao-dos-sentidos/>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

² Idem. *Número de pessoas com acesso à internet no Brasil chega a 105 milhões*. 2013. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/numero-de-pessoas-com-acesso-a-internet-no-brasil-chega-a-105-milhoes/>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

³ CGI.BR. *Acesso à Internet por banda larga volta a crescer nos domicílios brasileiros*. 2018. Disponível em: <<https://cgi.br/noticia/releases/acesso-a-internet-por-banda-larga-volta-a-crescer-nos-domicilios-brasileiros/>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

Em 2015 os brasileiros passavam uma média de 5,3 horas diárias em frente ao computador pessoal⁴, contudo, o computador ainda encontra certa dificuldade de entrar nas casas de brasileiros das classes mais baixas, e quando está presente exige que o usuário disponha de tempo para o acesso. Por outro lado, grande número dos internautas brasileiros não consegue se manter afastado de seus telefones celulares por mais de um dia⁵, o utilizando para os mais diversos fins (de lazer a trabalho).

Nesse ambiente de permanente influência da tecnologia e da conexão contínua com a internet é que se insere o conceito de sociedade tecnológica, desenvolvido por Eugênio Trivinho⁶, ou seja, “uma sociedade em que a tecnologia, vigorando como vetor determinante em todos os níveis, comparece simultaneamente como componente *sinequa non* no modo de vida cotidiano [...]”. É difícil encontrar um indivíduo que não esteja sob a influência de qualquer meio tecnológico moderno. Um exemplo disso está bem descrito na pesquisa do Ibope Media⁷ que demonstrou já no ano 2013 que:

[...] 45% dos usuários acessam o smartphone antes de dormir e 29% o utilizam assim que acordam. O estudo aponta como o cotidiano do consumidor contemporâneo é preenchido pelo uso do aparelho. No dia a dia, 60% dos usuários afirmam usar o smartphone enquanto esperam por algo, seja no trânsito, em filas ou salas de espera. Outros 21% o acessam durante o trabalho. Há também 14% que não desgrudam do aparelho nas refeições e 18% que fazem uso da tecnologia no banheiro.

Assim, considerando o crescente número de smartphones com acesso a internet graças a política de desoneração capitaneada pelo Ministério das Comunicações em 2013⁸, é necessário perceber em que os brasileiros gastam seu tempo. A resposta a isso é passível de apreensão pela mera observação do cotidiano, mas empiricamente comprovável pelas pesquisas. As redes sociais são o segmento de aplicativos mais usados pelos internautas brasileiros em seus smartphones, na verdade, cerca de 75% (setenta e cinco por cento) dos

⁴ IBOPE INTELIGÊNCIA. *Brasileiros passam uma média de 5,3 horas diárias na frente do computador pessoal*. 2015. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/brasileiros-passam-uma-media-de-53-horas-diarias-na-frente-do-computador-pessoal/>> Acesso em: 23 abr. 2019.

⁵ Idem. *Metade dos internautas brasileiros não consegue ficar um dia sem o smartphone*. 2019. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/metade-dos-internautas-brasileiros-nao-consegue-ficar-um-dia-sem-o-smartphone/>> Acesso em: 23 abr. 2019.

⁶ TRIVINHO apud PARRON, Rodrigo. *O consumo de informações na era da mobilidade*. 2011. Disponível em: <http://www.cantareira.br/thesis2/ed_16/6_parron.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019.

⁷ IBOPE INTELIGÊNCIA, op. cit. 2013.

⁸ CGI.BR. *Panorama setorial da Internet: Acesso à Internet no Brasil: Desafios para conectar toda a população*. 2016. Disponível em: <https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/6/Panorama_Setorial_11.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2019.

internautas do país fazem uso dessa aplicação, segundo aponta pesquisa do Ibope Conecta⁹. Isso é o reflexo de um movimento que já se expressava no ano de 2013, quando a média de tempo gasto em páginas de redes sociais era de cerca de 10 horas e 26 minutos¹⁰.

As redes sociais providenciaram uma mudança nos parâmetros de difusão de informações pelas agências tradicionais, portanto, alterando os paradigmas da própria comunicação. Apesar de existirem aplicações próprias para redes sociais, entretenimento, jogos, notícias, meteorologia, esportes, gastronomia, são nas redes sociais que os usuários concentram sua atenção e acabam por obter as informações que todas essas diferentes aplicações também fornecem. Na concepção de Dominique Wolton¹¹, sociólogo francês e especialista em Ciências da Comunicação, existem cinco tipos de informações:

[...] informação-imprensa, que é ligada diretamente aos veículos de comunicação; informação-serviço, que são ligadas principalmente às novas mídias, como por exemplo, sites de previsão do tempo; informação-data, diretamente ligada a bancos e bases de dados; informação-lazer, ligada a jogos e questões interativas; informação-militância, ligada principalmente a lutas de classes, como as ONGs, por exemplo.¹²

Esses cinco tipos de informações, antes exclusivamente compartimentalizadas em seus nichos de difusão bem descritos por Wolton parecem ter encontrado nas redes sociais um novo meio para alcançar o público. Isso porque as antigas agências de informação, além de manter suas formas de atuação tradicionais, também gerenciam perfis nas redes sociais e por vezes fazem uso de influenciadores para difundir seu conteúdo. As redes sociais são um produto da tecnologia e seus impactos na comunicação. O indivíduo que antes recebia passivamente as informações que lhe eram veiculadas pelas agências tradicionais, passa hoje a gerar informações e distribuí-las de forma natural como parte de sua interação no mundo digital. Nesse sentido é possível afirmar que:

Nos últimos anos, emerge a WEB 2.0, aquela em que a maior parte do conteúdo que se encontra na rede não é gerada pelas empresas, e sim pelos mesmos usuários, transformando-os nos responsáveis na atualização da informação, atualização de

⁹ IBOPE INTELIGÊNCIA. *Apps de redes sociais são os mais usados em smartphones*. 2018. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/apps-de-redes-sociais-sao-os-mais-usados-em-smartphones/>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

¹⁰ Idem. *Internauta gasta em média 10 horas e 26 minutos em redes sociais*. 2013. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/internauta-gasta-em-media-10-horas-e-26-minutos-em-redes-sociais/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

¹¹ WOLTON apud PARRON, Rodrigo. *O consumo de informações na era da mobilidade*. 2011. Disponível em: <http://www.cantareira.br/thesis2/ed_16/6_parron.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019. p. 67.

¹² Ibidem.

dados, seguir pessoas ou ser seguido, compartilhar documentos, entre muitas outras opções disponíveis.¹³

Assim, considerando que as interações tem sido cada vez mais travadas no meio digital é possível afirmar que a “web e, principalmente, as redes sociais, se transformaram no que normalmente conhecíamos como a praça do bairro onde as pessoas, diariamente, comparecem para passear (navegar), socializar (*chat*) e se conhecer (*dating*)”¹⁴. Nesse sentido surgem alguns indivíduos que sobem nos palanques dessas praças para discursar e influenciar as opiniões e decisões dos demais frequentadores. Esses indivíduos formam uma recente categoria de pessoas chamadas de influenciadores digitais.

2. INFLUENCIADORES DIGITAIS E TÓPICOS PROBLEMÁTICOS

O influenciador, por definição linguística será aquele que exerce uma ação psicológica, uma ascendência sobre algo ou alguém, capaz de causar modificações físicas ou intelectuais. O influenciador digital, por sua vez, será capaz de exercer essa atividade a distância, ampliando seu espectro de atuação a um sem-número de pessoas graças as ferramentas de comunicação que são as redes sociais.

A sua atividade, portanto, diz respeito a manejar as redes sociais por meio de textos, imagens ou vídeos, capazes de influenciar uma massa, grande ou não, de pessoas hipersegmentada. Isso porque, como já dito anteriormente, a informação não chega ao usuário de forma linear e passiva, posto que esse é capaz de buscar suas áreas de interesses que revelarão novas áreas de interesse e assim em diante.

Logo, um usuário, seguidor de determinado influenciador digital, está buscando consumir informações ligadas diretamente ao ramo de conteúdo produzido. Nesse contexto, é importante entender que o influenciador digital, não tem como atividade principal informar, mas sim comunicar. Dominique Wolton sustenta que informar “é produzir e distribuir o mais livremente possível o maior número de mensagens. Isso porque não há informação sem liberdade de consciência, de opinião e de expressão”¹⁵. Por outro lado, o mesmo autor irá conceituar a comunicação como:

¹³ IBOPE INTELIGÊNCIA. *Redes sociais*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/redes-sociais/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ WOLTON, op. cit. p. 67.

[...] a relação entre um emissor, uma mensagem e um receptor. Comunicar não é só produzir e distribuir informação, é também ser sensível às condições nas quais o receptor a recebe, aceita-a, recusa-a, remodela-a, em função de suas escolhas filosóficas, políticas, culturais.¹⁶

A relação com o público, a forma como a mensagem é recebida e aceita, conhecida como o engajamento é parte importante da função do influenciador digital e seu gatilho econômico. Portanto, em princípio, ele não busca a informar, mas primordialmente comunicar com seu público.

O engajamento se traduz na interação existente entre os usuários e o influenciador, de forma que apenas o número de seguidores não será suficiente para garantir que o influenciador tenha um elevado grau de engajamento. Para isso é necessário que o público esteja efetivamente interessado no conteúdo produzido, o recebendo e interagindo com o influenciador. A depender da plataforma (*Facebook, Twitter, Youtube, Intagram, etc.*) esse engajamento será retratado por meio da razão entre o número visualizações, compartilhamentos, *likes* ou *dislikes*, demais interações dos usuários e o número de seguidores. Quanto maior o número de interações obtidas pelo influenciador, maior será seu engajamento e, portanto, maior será a certeza de que seu conteúdo efetivamente está influenciando seus seguidores.

A partir do ponto de vista estrito do número de seguidores, o influenciador poderá ser classificado como Macro Digital Influencer ou Micro Digital Influencer. Enquanto o primeiro representa um grupo de influenciadores com centenas de milhares a milhões de seguidores, o outro terá um grupo relativamente menor, entre mil e dez mil seguidores, mas que atenderá mais especificamente a um nicho, revelando muitas vezes um maior engajamento.

O espaço democrático que é proporcionado pelas redes sociais faz com que os influenciadores surjam das mais variadas formas, ao mesmo tempo que os aproxima enquanto indivíduos dos próprios usuários. Isso cria um efeito de culto ao estilo de vida e personalidade do influenciador de maneira que os usuários além de consumir o conteúdo projetam suas vontades nessas figuras. Eles são, portanto, “um fenômeno de cultura de massas propiciado pelos meios de comunicação”¹⁷.

É interessante notar que não existem menções expressas aos influenciadores digitais nas fontes formais e primeiras do Direito. Uma menção indireta que pode ser referida a eles

¹⁶Ibidem. p. 67.

¹⁷MOREIRA, Thays. A Construção da Celebridade Midiática no contexto dos Digital Influencers. In: *XXXIX Congresso Brasileiro De Ciências da Comunicação*, 2016, São Paulo. São Paulo: Intercom, 2016. p. 1 - 11. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-2488-1.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

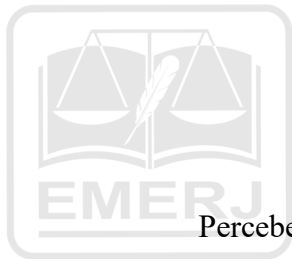
está na Lei n.º 12.695, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), Seção III – Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdos Gerados por Terceiros. Nessa seção, a lei disciplina o regime jurídico da responsabilidade civil dos provedores de conexão à internet pelo conteúdo postado, nesse caso, inclusive pelo conteúdo veiculado pelos influenciadores digitais.

Por outro lado, um recente movimento legislativo visa conferir a possibilidade de os influenciadores digitais serem incluídos como microempreendedores individuais. Esse é o projeto de lei complementar n.º 104/2019, de autoria do deputado federal Eduardo Bismarck (PDT-CE). Na justificativa do projeto de lei complementar o influenciador digital é reconhecido como um produtor de conteúdo em redes sociais, blogs e sites, capaz de influenciar o comportamento dos usuários. E, em razão dessa influência, o influenciador atrai a atenção de fornecedores de produtos e serviços que buscam nele veículos de publicidade. Nesse contexto, a justificativa do projeto de lei complementar identifica os influenciadores digitais como prestadores de serviços – “Trata-se de prestadores de serviços que, em muitos casos, possuem as características do microempreendedor individual, pois trabalham sozinhos, sem qualquer subordinação em relação ao contratante e com uso de uma pequena estrutura”¹⁸.

Os problemas começam surgir na medida em que a atividade é calcada na liberdade de expressão e, nesse aspecto, podem existir conflitos no que tange aos limites da sátira e a violação de honra de terceiro. Conforme reconhecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível n.º 1010020-03.2016.8.26.0348, o dano causado nesse contexto observar contornos peculiares, ao afirmar que “[...] As postagens em redes sociais, como é de conhecimento de todos, atingem divulgação extremamente ampla, motivo pelo qual não se pode admitir que alguém ofenda terceiro sem que arque com as consequências de tal atitude.”¹⁹

¹⁸BISMARCK, Eduardo. *Projeto de Lei Complementar n.º 104/2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1731966&filename=PLP+104/2019>. Acesso em: 23 abr. 2019.

¹⁹BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n.º 1010020-03.2016.8.26.0348*. Relator: Desembargador Renato Rangel Desinano. São Paulo, SP, 06 de setembro de 2019. *Dje*. São Paulo, 10 set. 2019. Disponível em: <[Revista de Artigos Científicos - V. 11, n. 2, Tomo II \(J/V\), Jul./Dez. 2019](https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=246526F68331ECEDDAE07C53D139AF4B.cposg6?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProc=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=101002003.2016&foroNumeroUnificado=0348&dePesquisaNuUnificado=101002003.2016.8.26.0348&dePesquisa=&uuidCaptcha=sajcaptcha_aa599756a3e64c97a0cf56ab41a07f82&g-recaptcharesponse=03AOLTLBLToD6Y72jNXYRVoE6rty5ru20DSXfmy0NFzxwnD53JSP6_9KcolbeSC6BMZv377IAE5RDtC1BzxIGQVTQh9KxvWzUm-o_J7b4PvaL68KqA6hJt1QwQcj2cKPDeQ1sSj4C_KtyWffCkZftE08Y-ZT7MIysBshTekGTONE4p6X8JKQE9mOi6l1msKGSitD2vtf_NDRpA7tDMxIMt2RGO5dOapQaD1YGRd3teF5Ycn4YHBPkoXS37puDQjWfD950HnuScYGBE7cNOhSeLrj2JF1RzRy2Lfu75UQ3I89JghTnvbLmZW5_3mamprL1tkaw_FZNpQ3K5crJpyY--lXSGxOaCBim-4Cnbmq3chPkqXLlfxGxpp6QZIV1QZTkp9SFYPmaP PEz>. Acesso em: 22 set. 2019.</p></div><div data-bbox=)



Percebe-se, portanto, tendência de o dano alcançar proporções incontroláveis e proporcionais ao número de seguidores de cada influenciador.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

Os influenciadores digitais que escolhem o *Youtube* como a plataforma estão sujeitos as “Diretrizes de conteúdo adequado para publicidade”²⁰ e na edição do documento de junho de 2019 há uma lista de exemplos de conteúdos produzidos que terão anúncios limitados ou suspensos, inviabilizando a forma mais básica de monetização do influenciador digital (a exibição de anúncios contratados com a plataforma durante a reprodução do conteúdo). Na lista estão conteúdos que contenham linguagem imprópria, violência, cunho adulto, atos perigosos ou nocivos, ofensivos e degradantes, drogas recreativas e relacionado a drogas, tabaco, armas de fogo, assuntos polêmicos e eventos delicados, temas adultos em conteúdos para família. Percebe-se, portanto, que a política de uso da plataforma é a primeira barreira contra a produção de conteúdos potencialmente ofensivos, exercendo um controle prévio. Entretanto, ainda assim, é possível que o material seja publicado.

Nesse sentido, a Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), no art. 18, define a regra geral segundo a qual a plataforma não será responsabilizada pelo conteúdo publicado. Caberá, portanto, ao ofendido a busca pela retirada do conteúdo ofensivo. E, aqui, foram escolhidos dois casos concretos julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com resultados opostos sobre os limites da sátira e a ofensa a honra de terceiro para análise. O primeiro é a Apelação Cível n.º 0017132-64.2016.8.19.0209²¹, no qual o apelante SalvatoreFilmes LTDA ME. é responsável pelo canal “Amada Foca”, exibido no *Youtube*, publicou o vídeo “*Trollmylife – Xuxa*” e, cujo conteúdo humorístico, na visão da apelada (Maria da Graça Xuxa Meneghel), lhe era ofensivo. O segundo, também Apelação Cível, tombado sob o n.º 0022343-90.2018.8.19.0001²², a apelada é a sociedade Porta dos Fundos Produtora e Distribuidora Audiovisual S.A., responsável pelo canal Porta dos Fundos,

²⁰GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. *Diretrizes de conteúdo adequado para publicidade*. 2019. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/6162278?hl=pt-BR>>. Acesso em: 22 set. 2019.

²¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 0017132-64.2016.8.19.0209*. Relator: Desembargadora MARGARET DE OLIVAES VALLE DOS SANTOS. Rio de Janeiro, RJ, 11 de setembro de 2019. *Dje*. Rio de Janeiro, 12 set. 2019. v. 3365355, p. 589-619. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201900148749>>. Acesso em: 22 set. 2019.

²²BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 0022343-90.2018.8.19.0001*. Relator: Desembargador Alcides da Fonseca Neto. Rio de Janeiro, RJ, 05 de junho de 2019. *Dje*. Rio de Janeiro, 07 jun. 2019. v. 3281256, p. 501-505. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201900116419>>. Acesso em: 22 set. 2019.

exibido no *Youtube*, e segundo a apelante (Associação Centro Dom Bosco de Fé e Cultura) publicou vídeo, cujo título é “Ele está no meio de nós”, com conteúdo humorístico ofensivo ao sentimento religioso católico.

O aspecto mais relevante em casos envolvendo influenciadores digitais sem dúvida é a extensão do dano causado a vítima. Há certa similaridade entre essa espécie de dano e aquele causado pelas agências de comunicação no exercício da liberdade de informação²³. Entretanto, os números anunciados no início desta pesquisa evidenciam que o alcance do conteúdo vai muito além dos leitores de jornais e revistas ou espectadores de televisão. O confronto entre direitos de onde emerge o dano é bem evidenciado na obra do professor Anderson Schreiber²⁴ ao afirmar que:

O confronto entre o direito de sátira e a tutela da honra é realmente delicado. Por um lado, é evidente a necessidade de proteção à reputação da pessoa, que não pode sofrer arrefecimento pelo simples intuito humorístico de quem publica um texto, uma caricatura ou uma fotomontagem. Por outro lado, a sátira representa manifestação da liberdade artística e intelectual, também tutelada constitucionalmente, e calcada, por definição, no brincar com costumes sociais, valendo-se, com frequência, de certa abordagem jocosa dos fatos públicos e das pessoas notórias.

Ambos os acórdãos reconhecem o delicado conflito aparente entre direitos fundamentais, entretanto, o primeiro acórdão entendeu existir dano reparável por entender que “o vídeo divulga fatos sem qualquer interesse público”²⁵. Como se percebe pela análise da doutrina²⁶ a expressão satírica está ligada a liberdade de expressão que, por sua vez, não está ligada a veracidade dos fatos, mas sim com a consciência do emitente. Por outro lado, o segundo acórdão, em que pese ter negado procedência ao pedido do ofendido, melhor explora o conflito entre direitos e tem como pedido do ofendido um parâmetro interessante de quantificação da compensação pelo dano causado pelo influenciador. Lá se pede a compensação do dano extrapatrimonial na proporção de R\$ 1,00 (um real) por visualização alcançada pelo conteúdo na plataforma *Youtube*.

²³O professor Sergio Cavaliere Filho, (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 144), faz uma distinção entre o conceito de liberdade de expressão, na qual segundo o autor, “nada tem a ver com fatos, com acontecimentos ou com dados ocorridos”, afirma ele que “tudo se passa no mundo das ideias, sem qualquer compromisso com a veracidade e a imparcialidade [...] qualquer pessoa tem o direito de expor livremente as suas ideias, os seus pensamentos, as suas convicções, respeitada, a toda evidência, a inviolabilidade da privacidade de outrem”. Por outro lado, conceitua a liberdade de informação como “o direito de informar e de receber livremente informações, agora sobre fatos, acontecimentos, dados objetivamente apurados”, afirma, ainda, que “quem divulga um fato fica responsável pela demonstração de sua existência objetiva, despida de qualquer apreciação pessoal”.

²⁴SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 87.

²⁵BRASIL. op. cit. nota 21.

²⁶CAVALIERI FILHO, op. cit. p. 144.

Primeiro é necessário destacar que os julgados não entram na discussão sobre a natureza da responsabilidade a qual se sujeitamos influenciadores digitais. Entretanto, considerando as peculiaridades do direito de sátira e dos próprios influenciadores analisados (dois canais humorísticos) não se pode perceber que ofender é o objetivo do conteúdo produzida, mas sim um reflexo colateral do humor produzido. Assim, entender pela exigência de prova da culpa torna demasiadamente difícil o papel da vítima por ter de explorar o terreno fértil de ideias que é a mente do influenciador. Por outro lado, como dito alhures, a tendência dos movimentos legislativos é reconhecer no influenciador digital um prestador de serviços. Seja quando ele mesmo assina contratos de parceria e publicidade, seja quando produz conteúdo e conta apenas com a monetização da plataforma por meio da exibição de anúncios durante a exibição. Aqui, o risco inerente a atividade do influenciador humorístico é o de extrapolar os limites da sátira e produzir dano a direitos da personalidade de terceiro. Portanto, parece justificada a aplicação da responsabilidade civil objetiva nos termos do art. 927, parágrafo único da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)²⁷.

A compensação patrimonial do dano deve, em princípio, atender aos mesmos parâmetros tradicionais da jurisprudência, tal como decidido no primeiro acórdão. Entretanto, o pedido manejado no segundo processo melhor se adequa a peculiaridade do dano causado pelos influenciadores digitais. Um parâmetro que busca reparar o dano de acordo com o alcance que atingiu, como dito anteriormente, a quantia de R\$ 1,00 (um real) para cada visualização obtida pelo conteúdo.

Mas a compensação patrimonial não pode ser a única. Os influenciadores digitais têm uma relação muito próxima com o público que os segue, de forma que a repercussão negativa de um ilícito praticado terá implicações nos contratos firmados e no número de seguidores que podem ser perdidos. Aqui é importante lembrar o caso do *youtuber* Júlio Cocielo que durante a Copa do Mundo de 2018 publicou na rede social *Twitter* comentários de cunho racista em relação ao jogador Kylian Mbappé. Conforme matéria jornalista veiculada à época, o influenciador perdeu o patrocínio com marcas como Adidas, Itaú, McDonald's e Submarino²⁸.

²⁷BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 set. 2019. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²⁸ROSA, Natalie. *Júlio Cocielo deve pagar R\$ 7 milhões por ofensa a Mbappé na Copa2018*. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/internet/julio-cocielo-deve-pagar-r-7-milhoes-por-ofensa-a-mbappe-na-copa-122584/>>. Acesso em: 23 set. 2019.

Se por um lado compensação financeira é limitada pelo princípio da proporcionalidade, considera as figuras do agressor e do agredido, a retratação *in natura*, aproveitando do mesmo espaço utilizado para causação do dano sem dúvida melhor se aproximará da verdadeira reparação.

Nesse sentido, o professor Anderson Schreiber²⁹ afirma:

O magistrado tem o dever de adotar todas as medidas que possam auxiliar na restituição da vítima, o quando possível, à sua situação original. Nesse sentido, para além da indenização pecuniária, pode o magistrado valer-se de meios não pecuniários para alcançar a mais ampla compensação do dano moral sofrido. [...] Também é possível, mesmo em conflitos que não envolvam entidades jornalísticas, impor ao ofensor o dever de afixar no local do dano ou de fazer publicar em jornal de grande circulação uma retratação pública pela lesão causada.

As novas tecnologias exigem dos Tribunais soluções cada vez mais adequadas aos casos concretos. O que se percebe é que a tecnologia tem sido catalizadora de danos que antes estavam restritos a pequenos círculos sociais. Seja na hipótese dos dois acórdãos comentados, seja no caso do *youtuber* Julio Cocielo, a piada tem o condão de alcançar milhões de pessoas, proporcionalmente ao tamanho do influenciador.

CONCLUSÃO

A toda evidência que foi coletada diversas são as facilidades que a presença das redes sociais traz para a vida cotidiana. Entretanto, essas facilidades não vêm desassociadas de problemas que só a modernidade tem. Existem muitas hipóteses em que a atividade desenvolvida pelos influenciadores digitais atinge direitos alheios, dentre elas são possíveis citar, para além do direito de sátira, a publicidade velada ou o estímulo ao consumo desmedido.

O direito de sátira sempre levantou relevantes discussões na doutrina e na jurisprudência em razão do conflito aparente que trava com direitos como privacidade, liberdade religiosa e honra alheia. Mas é verdade que com o surgimento de influenciadores digitais que exploram o ramo do humor, uma piada ofensiva antes limitada a um pequeno público, ou ao grupo de leitores de determinado jornal ou revista, é replicada milhares, até milhões de vezes, alcançando um número de visualizações impressionante. Existe, portanto, um novo contorno na velha discussão sobre a liberdade de expressão quando essa fundamenta todo o exercício de uma nova atividade.

²⁹SCHREIBER, op. cit. p. 78-79.

Os Tribunais, como no caso do primeiro julgado observado, parecem não ter ainda a completa distinção entre os casos do passado e os novos contornos, aplicando os mesmos parâmetros tradicionais. Contudo, conforme observado na pesquisa, quando a piada é formulada por um influenciador digital de grandes proporções, o dano, quando existente, tende a ser potencializado pelo uso das redes sociais.

Diante da natureza comunicativa e as possibilidades de monetização da atividade exercida, seja pela realização de contratos publicitários, seja pela exibição de anúncios contratados diretamente com a plataforma, a tendência é reconhecer a natureza jurídica dos influenciadores como prestadores de serviço. E, dessa prestação, decorre o risco inerente a qualquer comunicador que é o de responder diretamente pelo conteúdo produzir. Assim, um influenciador que indique determinado produto o faz a título de propaganda e deverá responder nos limites da campanha publicitária. Um influenciador que utiliza o humor não deve ter a ofensa como objetivo final, mas pode alcançá-la como efeito colateral. E, nesse sentido, caberá responder nos termos do art. 927, parágrafo único do Código Civil. Ele não se sujeita ao controle do Poder Judiciário no que tange ao refinamento da piada, o que não afasta a necessidade de avaliação do conteúdo para saber se os limites do direito de terceiro não foram invadidos.

O dano, por sua vez, também não é usual e, como consequência, se pôde perceber que a reparação não deve atender aos meios tradicionais. É natural que o alcance do conteúdo produzido pelo influenciador atinja cada vez mais pessoas, sem que exista um real limite para isso, pois existe um sistema de expansão em rede. Quanto maior o número de visualizações, maior será o número de indicações do mesmo conteúdo, pela plataforma, a outros usuários. Assim, a compensação em dinheiro tradicionalmente limitada ao princípio da proporcionalidade e que considera a figura do próprio agressor e da vítima, com o intuito de evitar o enriquecimento sem causa, pode se mostrar defasada. Isso porque, se o conteúdo não for retirado do ar, continuará sendo disseminado. Logo, outras espécies de reparação, em especial a produção e publicação de um conteúdo de retratação, seja por iniciativa do influenciador, seja por determinação judicial, se revela a maneira mais efetiva de reparação do dano.

A mesma plataforma que serviu de catalizadora para ampliação do dano pode e deve ser utilizada para a reparação. Assim, a pesquisa revelou a necessidade de adequação das antigas soluções jurídicas as peculiaridades da atividade desenvolvida pelos influenciadores digitais.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Nathalia Sartarello. *O reflexo da sociedade do hiperconsumo no Instagram e a responsabilidade civil dos influenciadores digitais*. 2018. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2706>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

BISMARCK, Eduardo. *Projeto de Lei Complementar n.º 104/2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1731966&filena me=PLP+104/2019>. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 0017132-64.2016.8.19.0209*. Relator: Desembargadora Margaret de Oliveas Valle Dos Santos. Rio de Janeiro, RJ, 11 de setembro de 2019. *Dje*. Rio de Janeiro, 12 set. 2019. v. 3365355, p. 589-619. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201900148749>>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 0023343-90.2018.8.19.0001*. Relator: Desembargador Alcides da Fonseca Neto. Rio de Janeiro, RJ, 05 de junho de 2019. *Dje*. Rio de Janeiro, 07 jun. 2019. v. 3281256, p. 501-505. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201900116419>>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n.º 1010020-03.2016.8.26.0348*. Relator: Desembargador Renato Rangel Desinano. São Paulo, SP, 06 de setembro de 2019. *Dje*. São Paulo, 10 set. 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=246526F68331ECEDDAE07C53D139AF4B.cposg6?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=101002003.2016&foroNumeroUnificado=0348&dePesquisaNuUnificado=101002003.2016.8.26.0348&dePesquisa=&uuidCaptcha=sajcaptcha_aa599756a3e64c97a0cf56ab41a7f82&g-recaptcharesponse=03aOLTBLToD6Y72jNXyRVoe6rty5ru20DSXfmy0NFzxwnD53JSP6_9KcolbeSC6BMZv377IAE5RDtC1BzxIGQVTQh9KxvWzUm-o_J7b4PvaL68KqA6hJt-1QwQcj2cKPDeQ1sSj4C_KtyWffCkZftEO8Y-ZT7MIysBshTekGTO Ne4p6X8J-KQE9mOi6l1msKGSitD2vtf_NDrpA7tDMxIMt2RGO5dOapQaD1YGRd3teF5Ycn4YHBPkoXS37puDQjWfD950HnuScYGBE7cNOhSeLrj2JF1RzRy2LfU75UQ3I89JghTnvbLmZW5_3mamprL1tkaw_FZNpQ3K5crJpyY--lXSGxOaCBim-4Cnbnmq3chPkqXLlfxGxpp6QZIV1QZTkp9SFYPmaPPEz>. Acesso em: 22 set. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CGI.BR. *Panorama setorial da Internet: Acesso à Internet no Brasil: Desafios para conectar toda a população*. 2016. Disponível em: <https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/6/Panorama_Setorial_11.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. *Acesso à Internet por banda larga volta a crescer nos domicílios brasileiros*. 2018. Disponível em: <<https://cgi.br/noticia/releases/acesso-a-internet-por-banda-larga-volta-a-crescer-nos-domicilios-brasileiros/>>. Acesso em: 23 abr. 2019.



Google Brasil Internet LTDA. *Diretrizes de conteúdo adequado para publicidade*. 2019. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/6162278?hl=pt-BR>>. Acesso em: 22 set. 2019.

IBOPE INTELIGÊNCIA. *Apps de redes sociais são os mais usados em smartphones*. 2018. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/apps-de-redes-sociais-sao-os-mais-usados-em-smartphones/>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. *Brasileiros passam uma média de 5,3 horas diárias na frente do computador pessoal*. 2015. <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/brasileiros-passam-uma-media-de-53-horas-diarias-na-frente-do-computador-pessoal/>> Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. *Internauta gasta em média 10 horas e 26 minutos em redes sociais*. 2013. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/internauta-gasta-em-media-10-horas-e-26-minutos-em-redes-sociais/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

_____. *Metade dos internautas brasileiros não consegue ficar um dia sem o smartphone*. 2019. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/metade-dos-internautas-brasileiros-nao-consegue-ficar-um-dia-sem-o-smartphone/>> Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. *Número de pessoas com acesso à internet no Brasil chega a 105 milhões*. 2013. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/numero-de-pessoas-com-acesso-a-internet-no-brasil-chega-a-105-milhoes/>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. *Redes sociais*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/redes-sociais/>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

_____. *Smartphones se transformam em extensão dos sentidos*. 2013. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/smartphones-se-transformam-em-extensao-dos-sentidos/>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

MOREIRA, Thays. *A Construção da Celebridade Midiática no contexto dos Digital Influencers*. In: *XXXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação*, 2016, São Paulo. São Paulo: Intercom, 2016. p. 1 - 11. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-2488-1.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

PARRON, Rodrigo. *O consumo de informações na era da mobilidade*. 2011. Disponível em: <http://www.cantareira.br/thesis2/ed_16/6_parron.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019.

ROSA, Natalie. *Júlio Cocielo deve pagar R\$ 7 milhões por ofensa a Mbappé na Copa*. 2018. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/internet/julio-cocielo-deve-pagar-r-7-milhoes-por-ofensa-a-mbappe-na-copa-122584/>>. Acesso em: 23 set. 2019.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

A INCOMPATIBILIDADE DO *PLEA BARGAIN* COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS RISCOS DE SUA IMPLEMENTAÇÃO

Renata Santos Sampaio

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

Resumo – Com o aumento da demanda do judiciário, cresce o número de ações penais frustradas pela prescrição. Com isso, países buscam reestruturar o sistema processual penal inspirados nos Estados Unidos, cuja máquina de repressão parece funcionar de forma mais eficiente e célere. Dentre os instrumentos responsáveis, está o *pleabargain*, que possibilita às partes costurarem um acordo para que, por meio da confissão, a defesa abra mão do processo penal, por uma pena que lhe seja mais favorável, o que parece satisfazer todos os interesses em jogo e afastar a sensação coletiva de impunidade. Por outro lado, como a sua implementação pressupõe a dispensa do devido processo legal, no bojo de um acordo pactuado por partes naturalmente desequilibradas, a adoção do *pleabargain* em países de tradição *civil law* pode representar um retrocesso civilizatório e agravar ainda mais fissuras sociais originadas da seletividade penal. Com isso, este artigo pretende analisar as distorções causadas pelo transplante do instituto em países de sistema processual inquisitório, por meio da produção doutrinária acerca da experiência italiana e alemã.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. *PleaBargain*. Justiça Criminal Negocial. *Legal Transplants*. Barganha. Transação Penal.

Sumário – Introdução. 1. 1. A origem: os Estados Unidos e o sistema adversarial. 2. 2. O que está em jogo: as principais violações ao devido processo penal e demais garantias constitucionais 3. Os possíveis efeitos jurídico-sociais do instituto a partir da experiência de países de *civil law*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico visa a discutir a compatibilidade da justiça criminal negocial, o instituto estadunidense *pleabargain*, com o ordenamento jurídico brasileiro. Esse instituto estabelece um canal de negociação entre a acusação e a defesa, de modo a abreviar o processo penal para que as partes pactuem juntas uma punição a ser cumprida imediatamente pelo réu, que deve abrir mão da sua defesa.

Procura-se estudar os mecanismos do instituto, como apresentado no projeto de lei-anticrime de autoria do Ministro da Justiça e da Segurança Pública Sergio Moro, e compará-los com o sistema jurídico brasileiro, mais especificamente quanto ao sistema acusatório e as garantias constitucionais. Visa-se também estudar os efeitos do instituto, por meio da experiência de países de *civil law*, como Portugal e Espanha, sem deixar de lado as críticas



que enfrenta no seu país de origem, os Estados Unidos, no qual já se discute modificações necessárias.

Para tanto, abordam-se a produção doutrinária e científica a fim de discutir se a implementação do instituto leva ao esvaziamento do devido processo constitucional. Isso poderia levar a um Estado severamente punitivista, na contramão dos avanços civilizatórios que tendem a impor limitações ao poder punitivo.

O tema suscita muita divergência, sobretudo no campo prático, haja vista que o acordo firmado entre réu e Ministério Público põe fim à fase instrutória e recursal, o que parece tornar o processo, além de mais célere, muito mais eficiente. Por outro lado, os profissionais do direito que adotam um viés mais garantistas alertam que o instituto pode aprofundar falhas já existentes no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que o processo penal não tem como finalidade primordial a imposição de pena, mas promover o acesso à mecanismos de defesa.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o sistema acusatório, por meio das suas características predominantes e dos seus princípios norteadores, tendo como marco teórico a obra *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli. Pretende-se também chamar atenção, por meio da teoria dos jogos, para o desequilíbrio natural existente na relação entre Estado e cidadão, sobretudo no uso do poder punitivo, a fim de verificar a possibilidade de implementação de uma relação negocial que tenha como objetivo a aplicação de pena.

Inicia-se o primeiro capítulo pela apresentação do *pleabargain*, mencionando o contexto que levou à sua implementação nos Estados Unidos e os efeitos causados na sociedade, bem como os motivos que o levam a ser fonte de inspiração em diversas reformas legislativas nos sistemas jurídicos ocidentais.

No segundo capítulo, uma vez apresentado o anteprojeto de lei, exploram-se os mecanismos à luz dos princípios norteadores do sistema acusatório e das garantias fundamentais. Com isso, indaga-se sobre a possibilidade de implementação do instituto de modo a vencer as incompatibilidades apontadas.

Por fim, o terceiro capítulo examina os efeitos jurídico-sociais da implementação do *pleabargain* em países de *civil law*, como Portugal e Espanha, a fim de aferir na experiência desses países a comprovação das hipóteses do capítulo anterior.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, na qual se testará as hipóteses de forma argumentativa, a partir da revisão da literatura e da análise de dados sobre a eficácia do instituto em países cujo sistema jurídico seja civil, como Portugal e Espanha.

Portanto, o material usado, além da literatura por autores consagrados, consistirá também na produção científica sobre o tema nesses países, bem como o respectivo texto legislativo estrangeiro, em comparação com o anteprojeto de lei que tramita no Brasil.

1. O SISTEMA PROCESSUAL ADVERSARIAL E A EXPERIÊNCIA ESTADUNIDENSE COMO INSPIRAÇÃO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO *PLEA BARGAIN*

Para a analisar os impactos da aplicação de um instituto legal estrangeiro, é necessário analisar as peculiaridades do sistema jurídico de origem e contrapô-las com as do país que se quer introduzir. Sem isso, corre-se o risco de implantar um instituto inapto ou de agravar distorções já existentes.

No âmbito do processo penal, utiliza-se a distinção entre os sistemas adversarial e não adversarial. O primeiro, típico dos países de *common law*, e o segundo, dos países de *civil law*. É certo que essas distinções se remetem a tipos ideais, visto que na prática, a tendência é cada vez mais de aglutinação entre os dois sistemas. Contudo, essa distinção ainda é importante, pois suas características marcantes são capazes de desenhar contornos institucionais dos sistemas jurídicos dos países que se pretende analisar e de revelar as tendências desses sistemas para fins do estudo do direito comparado.

Embora seja comum chamar os sistemas não-adversariais de inquisitoriais, essa nomenclatura não se confunde com aquela empregada para estudar a evolução dos sistemas jurídicos no processo penal, que levaram ao sistema acusatório e ao misto. Para evitar equívocos, será usado neste trabalho somente o termo não-adversarial.

O modelo adversarial consiste na predominância das partes na determinação dos atos processuais e na produção das provas. O processo se torna uma disputa equilibrada entre defesa e acusação pela formação do convencimento do juiz, cabendo a esse a função de manter o equilíbrio¹. Esse equilíbrio é o que se chama de *fair trial*, sobre o qual se observam os valores da equidade processual, de modo a dar mais atenção a forma com que se chega à verdade do que com ela em si.

Já no sistema não-adversarial, o juiz não é somente espectador, mas a ele cabe organizar os ritos processuais, decidir sobre o deferimento de provas e, em alguns casos, a ter

¹NARDELLI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: pleabargain norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 14, 2014, p. 331-365.

a iniciativa probatória. Sua origem remonta das inquisições eclesiásticas, nas quais o papel do acusador e do julgador se misturavam para obter do réu a verdade real a qualquer custo. Com o tempo, foi aplicado um sistema mais racional ao modelo, por meio do sistema de valoração de provas. Esse sistema de valoração de provas deu lugar ao livre convencimento motivado, em que a garantia do julgamento justo se apoia no desinteresse e na independência do julgador.

Mesmo com a separação da figura do julgador e do acusador, o impulso oficial é o motor do sistema não-adversarial. Ao juiz cabe conduzir o processo, delimitando a inquirição das testemunhas e deferindo a produção de provas. Isso decorre da instrumentalização do processo penal como política pública e do forte interesse público que reveste a verdade real².

Diferente do sistema adversarial, em que o fundamento da atuação do magistrado é a manutenção do equilíbrio social, o que privilegia a autodeterminação. O interesse do Estado, nesse caso, consiste em disciplinar o confronto entre as partes e não na produção de provas³.

A despeito dessas diferenças, as recentes reformas processuais ocorridas na Europa demonstram uma atenuação das diferenças comumente atribuídas aos dois modelos processuais, o que Schunemann⁴ chama de marcha triunfal ao modelo norte-americano. A prova disso é a adoção do *pleabargain* em vários países. O instituto, a princípio, parece mais dinâmico e mais eficaz na persecução penal, o que faz com que legisladores vejam nele o instrumento adequado para enfrentar os desafios contemporâneos do sistema penal.

Contudo, apesar de salutar, essa tendência de importar institutos de sistemas jurídicos diferentes têm custos. Isso, porque o sentido e o impacto da norma dependem muito das condições externas, conforme o contexto institucional, o que possibilita que redações idênticas tenham efeitos diversos⁵.

Dado isso, é importante frisar que o contexto institucional da administração judiciária dos Estados Unidos, país tradicionalmente de *common law*, é marcada exatamente por essas características. O acusador de um lado e, de outro, o réu, com seu defensor constituído se enfrentam em igualdade de condições perante o tribunal, materializado por um banco de jurados espectadores, cuja presidência cabe ao magistrado incumbido de manter a ordem, decidir os incidentes e, finalmente, fixar a pena em caso de condenação.

²Ibid.

³CUNHA, Marcelo Garcia da. Notas comparativas entre o sistema adversarial norte-americano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça?. *Revista de Processo*. Rio Grande do Sul, v. 249, nov. 2015.

⁴SCHUNEMANN, Bernd; GRECO, Luiz. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. *Estudos de direito penal, direito processual e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240.

⁵VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal Brasileiro atual à luz de direito comparado. *IBRASPP*. São Paulo, v. 4, 2018, p. 767-805.

Traçando-se um passo a passo processual estadunidense⁶, este se inicia com a prisão do infrator, seguida pelo oferecimento da acusação perante o magistrado. Em seguida, é designada uma data para que o acusado compareça em juízo para tomar ciência dos fundamentos da acusação e dos seus direitos de defesa. A acusação é então submetida ao júri, para que, vislumbrando justa causa, possa dar prosseguimento ao indiciamento do acusado.

Dando prosseguimento ao indiciamento, o acusado deve comparecer a mais uma audiência para, dessa vez, se declarar culpado ou inocente. É nesse momento que é designada data para audiência de julgamento.

Após isso, inaugura-se a fase do confronto da prova. Nela as partes examinam as evidências que seu adversário tem e tentam impugna-las por meio de pedidos de declaração de nulidades procedimentais. O intuito é invalidar as provas antes que cheguem ao conhecimento do júri.

É nesse momento de confronto que pode ocorrer *pleapargain*. O acusador oferece ao acusado uma proposta de transação em troca da confissão de culpa expressa ou da declaração *nolocontendere*, na qual, esta, o acusado declara que pretende discutir a culpa. Isso abrevia a imensa maioria dos casos criminais nos Estados Unidos.

A partir disso, havendo o acordo, o rito processual caminha somente para a formalização do ato. Será designada audiência perante um magistrado para manifestação oficial. Na audiência, o acusado é advertido de todos os direitos de defesa caso decida ir a julgamento, bem como que a declaração implicaria na renúncia de todos eles. O magistrado então avaliará o acordo, verificando eventual indício de coerção e, não sendo o caso, aceitará a confissão ou a declaração de *nolocontendere*. Após isso, o acusado terá uma pena aplicada.

A doutrina costuma afirmar a inconstitucionalidade do instituto que admite esse acordo, tendo em vista uma série de violações aos direitos consagrados no *Bill of Rights*, dentre elas o direito a não autoincriminação⁷. Costuma-se defender que, sobretudo nos estados que admitem pena de morte, o acordo é costurado de forma desequilibrada, forçando o acusado a abrir mão do direito a um julgamento justo e imparcial. Com isso, tratar-se-ia de uma técnica institucional de violação das garantias.

Por outro lado, a Suprema Corte defende a constitucionalidade do *pleabargain*, mediante a aplicação de alguns requisitos procedimentais para coibir abusos por parte da

⁶CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. PleaBargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Revista eletrônica do Ministério Público Federal*, 2012. Disponível em: <http://www.prj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2019.

⁷Ibid.

acusação, como nos casos *Bordenkircher v. Hayes* (1978), *Brady v. United States* (1970), *Boykin v. Alabama* (1969), *Henderson v. Morgan* (1976) e outros⁸.

Sendo assim, não se pode negar que o *pleabargainé* amparado pelo viés utilitarista das políticas criminais, fundado principalmente na relativização das garantias penais. Todavia, também não se pode negar a legitimidade da aplicação do instituto no seu país de origem, os Estados Unidos, decorre justamente dos mecanismos do modelo adversarial, que conferem mais equilíbrio entre as partes no confronto de provas.

2. O QUE ESTÁ EM JOGO: AS PRINCIPAIS VIOLAÇÕES AO DEVIDO PROCESSO PENAL E DEMAIS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Como já visto, o modelo adversarial possui algumas vantagens com relação ao o modelo não adversarial, a saber a concepção do acusado como sujeito de direitos e o favorecimento de um processo mais justo entre as partes⁹. Contudo, o que faz com que os institutos estadunidenses orientem reformas processuais em outros países não é a maior proteção às garantias do acusado, mas a fragilidade que esses institutos representam ao devido processo constitucional, senão vejamos.

O Direito se funda basicamente na necessidade se estabelecer regras para regulamentar a convivência entre as pessoas e as relações destas com o próprio Estado¹⁰, a fim de promover a harmonia e o equilíbrio social. Para tanto, a lei estabelece uma série de limitações à conduta dos cidadãos, em diversas esferas, a depender do bem jurídico que se pretende tutelar. Nesse passo, o Direito Penal é consagrado como *ultima ratio*, a medida em que é o campo do direito que se presta a tutelar os bens jurídicos mais caros à sociedade por meio da aplicação de penas, que são as intervenções mais severas que o Estado pode promover na liberdade do cidadão.

Essa intervenção decorre do poder-dever punitivo estatal, que nada mais é que um direito exclusivo do Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário de uma norma penal incriminadora contra quem praticou de forma reprovável uma ação ou omissão descrita no preceito primário¹¹. Tamanha é a gravidade dessa intervenção na vida do cidadão que, além de não se admitir que se faça pelas vias privadas, são impostas uma série de limitações

⁸Ibid.

⁹SCHUNEMANN, op. cit., p. 241.

¹⁰MIRABETTE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 23.

¹¹MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 23-24.

de ordem constitucional a esse poder-dever, especialmente quanto ao direito de resistir a essa punição.

Mas de nada valeria a existência desses direitos materiais sem que fossem delimitadas o que se chama de regras do jogo. Trata-se do devido processo constitucional, que, de acordo com José Afonso da Silva¹², forma com o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, as três principais garantias processuais. Diante disso, é possível assegurar o processo com as formas instrumentais adequadas, conferindo tratamento equânime, justo e adequado.

Nesse sentido, diferente das decisões no âmbito do processo civil, não se pode admitir que o próprio cidadão se sujeite à imposição de uma pena, abrindo mão do devido processo constitucional. Nas palavras de BerndSchünemann¹³:

Em virtude da natureza da pena enquanto um mal associado a uma reprovação moral, capaz inclusive de destruir ou ao menos prejudicar seriamente a existência física, mas sobretudo a existência social do indivíduo, faz-se impossível que o Estado imponha esta mais grave das graves consequências jurídicas somente porque o indivíduo por sua livre vontade o queira.

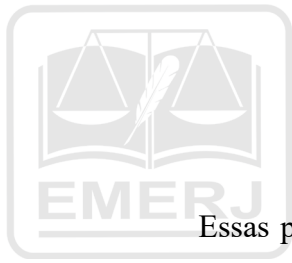
Nesse sentido, o elemento central em que consiste o *pleabargain* vai de encontro ao devido processo constitucional, haja vista que o consenso só é possível se a parte se sujeitar à imposição de uma pena, abrindo mão de todas as regras do jogo que limitam o poder estatal. Além disso, considerando que o poder punitivo é também um dever, são as instâncias estatais, balizadas pelo ordenamento jurídico, e não os indivíduos envolvidos por meio da barganha, quem deve aferir a necessidade de uma ação estatal.

Ainda que o consenso, à primeira vista faça parecer que o acusado tenha tomado algum tipo de protagonismo e, com isso, se concretize a sua condição de sujeito de direitos na persecução penal, o que ocorre é o contrário. No processo penal, o acusado não está em igualdade de Direitos para negociar, a começar, porque o que está em jogo é a sua própria liberdade, sob pena de consequências irreversíveis

Do outro lado, conforme descrito no capítulo anterior, se tem o órgão acusador. Esse de posse de provas indiciárias, colhidas em fase pré-processual, pressiona o acusado para obter o *guiltyplea*. Com isso, obtendo sucesso com a negociação, o processo se encerra com uma das partes se sujeitando a uma punição legitimada por provas não submetidas ao contraditório, temendo as consequências de uma ação penal regular.

¹²SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 431-432.

¹³SCHUNEMANN, op. cit., p. 246.



Essas provas, por sua vez, servem também para desequilibrar a balança para um dos lados na medida da sua robustez. Isto é, é feito um juízo hipotético da dosimetria da pena com base em prova produzida unilateralmente, sem o exercício do direito de defesa, sendo que ao acusado não seria possível conhecer o real benefício colhido do acordo, visto que a dosimetria depende fundamentalmente do convencimento formado em audiência de instrução e julgamento.

Nesse mesmo aspecto, observa-se que esse temor pode ser agravado caso o acusado advenha de setores da sociedade que, em razão da marginalização e da seletividade subjetiva do direito penal, não depositam muita confiança nas instituições jurídicas. Em outras palavras, pessoas que convivem de perto com a marginalização e comumente observam alguma pessoa de seu convívio sendo alvo de perseguições penais, possivelmente não vislumbraram no processo regular uma oportunidade para provar a sua inocência ou obter uma individualização da pena que lhe seja mais favorável. Nesse caso, a adesão às propostas de pena oferecidas tenderia a ser muito mais frequente, o que contribuiria ainda mais para essa marginalização e para a seletividade subjetiva do sistema penal

Além disso, vale ressaltar que essa apresentação de uma pena mínima imposta no âmbito do acordo, baseada nas provas indiciárias obtidas, faz nascer um temor de ver sua pena agravada exacerbadamente em razão de uma dupla penalização, caso opte por se submeter à audiência de instrução e julgamento. Ou seja, como se houvesse uma espécie de preclusão à obtenção de pena mais vantajosa, que só seria possível em sede de acordo.

Segundo Schünemann, “a defesa só pode estar apta a julgar de forma confiável se os resultados nela [investigação preliminar] obtidos forem capazes de sustentar a denúncia oferecida pelo ministério público ou, caso contrário, se é sensato e útil para se abreviar o processo, que se aceite o resultado proposto pelo promotor ou pelo juiz sem a prévia realização da audiência de instrução e julgamento.¹⁴”

Disso se conclui que o poder de barganha do ministério público não pode se fundar no medo da total incerteza. Visto que, sem o exercício da ampla defesa e do contraditório, o acusado não sabe ao certo o que pode perder e, conseqüentemente, o acordo não é justo o suficiente para ser implementado, tampouco apto a legitimar a aplicação da pena. Por outro lado, a aplicação do contraditório pleno em fase preliminar poderia impossibilitar o andamento e o sucesso de investigações. Trata-se de uma fase em que é necessário dirimir o contraditório e a ampla defesa.

¹⁴Ibid., p. 259.

Assim, tendo em vista que os interesses em jogo são inconciliáveis, é incompatível a aplicação do *pleabargain* com os sistemas acusatórios e adversariais. Isso porque, uma vez que para a sua implementação seja necessário o afastamento das garantias constitucionais, o instituto se torna uma via genuinamente inquisitorial ao poder punitivo. Dessa forma, não se pode admitir como solução para a impunidade um instituto que ponha em xeque o próprio Estado Democrático de Direito.

3. OS POSSÍVEIS EFEITOS JURÍDICO-SOCIAIS DO INSTITUTO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DE PAÍSES DE *CIVIL LAW*

Passadas as questões teóricas acerca dessa tendência de simplificação processual, convém observar a experiência de dois países de *civil law* que implementaram institutos semelhantes a fim de dar cabo aos desafios impulsionados pela carência de uma política criminal mais eficiente, a Itália e a Alemanha.

No primeiro caso, a Itália, houve a promoção de espaços de consenso de forma gradual, bem como a implementação de procedimentos alternativos que visavam à aceleração do processo. O contexto era a reforma do Código de Processo Penal italiano, que, ao mesmo tempo que fundava o modelo acusatório no ordenamento do país, era notável a inspiração nos sistemas de países de *common law*¹⁵.

Antes disso, em 1981, a Lei nº 689, de natureza negocial, já possibilitava que a defesa requeresse em juízo, mediante anuência da acusação, a aplicação de penalidade diversa da prisão que seria submetido ao consentimento da acusação. Essa lei foi revogada, dando lugar ao instituto do *patteggiamento*, que era aplicável, originariamente, aos delitos cuja pena em concreto não ultrapasse dois anos. Até que, em 2003, o limite foi expandido para 5 anos, e assim permanece até os dias de hoje¹⁶.

O *patteggiamento*, também conhecido como “aplicação da pena por requisição das partes”, diferencia-se do *pleabargain*, de origem do *common law*, principalmente pelo controle judicial mais atuante quanto à regularidade do cabimento do acordo. Isso porque, em virtude da maior observância aos princípios da obrigatoriedade e da legalidade, característica

¹⁵VASCONCELOS, Vinicius Gomes; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 435-453, jun. 2015, p. 437.

¹⁶Ibid., p. 446.

dos modelos continentais; na Itália, o acordo tem seus contornos verificados com mais vigor pelo judiciário, o que limita o grau de discricionariedade do acusador¹⁷.

Isto é, o Ministério Público tem o ônus de fundamentar a decisão de recusa do *patteggiamento* e, em seguida, esses motivos são verificados pelo juiz, que, se entender injustificada, poderá garantir ao acusado a redução da pena solicitada ou, até mesmo, a absolvição. Esse Benefício é aplicável mesmo que o processo transcorra o rito ordinário. Enquanto isso, no modelo estadunidense, privilegia-se a autonomia das partes, característica do modelo adversarial, o que limita o magistrado ao papel de garantir o equilíbrio. Noutras palavras, o *guiltyplea* representa o reconhecimento da culpabilidade por parte do acusado, enquanto que o *patteggiamento* representa um requerimento para que o magistrado verifique a adequação do acordo¹⁸.

Por outro lado, o processo italiano não admite a disponibilidade da ação penal, como ocorre no *common law*. Ambas as partes, durante a fase instrutória, atuam como protagonistas da colheita de provas, cabendo a aplicação do exame cruzado das provas (*crossexamination*). Com isso, as partes têm possibilidade, tanto defesa quanto acusação, de formular o acordo¹⁹.

O instituto foi submetido à Corte Constitucional italiana em 1990, que culminou na decisão 313²⁰. Na ocasião, a Corte reiterou a possibilidade de o juiz verificar proporcionalidade da pena na proposta de acordo, sobretudo em relação aos aspectos de reeducação da pena. Dessa forma, o magistrado, na Itália, não está adstrito aos requisitos formais do acordo, mas, ao contrário disso, pode verificar se a pena imposta é excessiva ou insuficiente e, com isso, rejeita-la.

Mesmo substancialmente restrito à suposta autonomia das partes para pactuar, em nome do equilíbrio conferido pelo controle judicial, o instrumento sofre críticas por parte de especialistas, tido como um “corpo alienígena”²¹ dentro do ordenamento jurídico-penal italiano.

A principal crítica consiste na fundamentação probatória do acordo, haja vista que a doutrina italiana tem certa relutância em admitir margem que permite que a adesão ao acordo, por parte da defesa, enseje a renúncia da presunção de inocência. Segundo Vasconcelos²², “admitir que uma verdade negociada possa justificar um erro judiciário, de fato, significa em

¹⁷Ibid., p. 444.

¹⁸Ibid., p. 447.

¹⁹NARDELLI, op. cit., p. 24

²⁰ITÁLIA. Corte costituzionale. *Sentenza n° 313*. Relator: Ettore Gallo. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1990/0313s-90.html>>. Acesso em: 23 set. 2019.

²¹VASCONCELOS, op. cit., p. 14.

²²Ibid.

um certo modo reconhecer o poder de dispor da liberdade da pessoa e da função cognitiva do processo”. Ou seja, nega-se que a sujeição do acusado à barganha justifique a aplicação de pena desproporcional ou contraditória, de imediato, haja vista que é resguardado ao processo a função de averiguar os fatos e, conseqüentemente, a necessidade da pena.

Em que pese o sistema italiano consagre a possibilidade de o juiz apreciar o mérito do acordo, esse sistema é mais próximo ao sistema estadunidense que o sistema alemão, sobretudo porque sua inserção se deu em uma reforma cujo objetivo era conferir mais poderes às partes do processo²³.

Por sua vez, em que pese ter passado por 80 reformas da lei processual em 30 anos, o sistema alemão quase não promoveu adaptações no sistema processual ao adotar instrumentos próprios do *common law*, como a barganha. A exemplo disso, se prestigia muito mais a instrução probatória e a busca da verdade real por parte da autoridade julgadora do que propriamente a autonomia das partes²⁴.

No entanto, o curioso é que a barganha no ordenamento alemão nasceu de forma mais espontânea. Por volta da década de 1970, tanto os juízes quanto os promotores e defensores realizavam acordos de forma extraoficial, sem qualquer previsão legal²⁵. À época, os acordos se estabeleciam meramente na confiança, em que, de um lado, o acusado confessa o fato – em vez de declarar a culpa formalmente, como no modelo estadunidense de barganha – e do outro o juiz ou a acusação se comprometiam a cumprir o combinado. Isso suscitou muita discordância no debate público e jurídico alemão, embora as cortes demonstrassem concordância. Até que finalmente, em 2009, o processo penal alemão foi alterado para oficializar o instituto da *Urteilsabsprachen*²⁶.

Nesse sentido, o processo de *legal transplants* no ordenamento alemão foi ainda mais confuso, haja vista que o instituto foi implementado sem qualquer cunho adversarial, com o fim de tão somente abreviar o processo e facilitar o trabalho para os profissionais que nele atuam. Ao passo que nos Estados Unidos a barganha é conduzida pelo promotor, no *Urteilsabsprachen* é o juiz quem assume esse papel.

Com isso, são ainda mais graves as distorções no devido processo legal promovidas pelo enxerto da barganha. Além de atuar ativamente na fase instrutória, o julgador oferece um acordo à parte, em posição ainda mais desequilibrada do que se fosse o promotor. Isso porque, ao formar seu convencimento e oferecer o acordo, o magistrado dá sinais de que se convenceu

²³NARDELLI, op. cit., p. 24.

²⁴Ibid., p. 22.

²⁵SCHÜNEMANN, op. cit., p. 255.

²⁶NARDELLI, op. cit., p. 22.



que o réu é merecedor de uma pena, no mínimo, mais grave do que aquela oferecida. Dessa forma, abrevia-se o processo e se aplica a pena que o julgador acha adequada com reduzidíssimo ônus de fundamentação.

Problema esse diferente do que enfrenta o sistema italiano, que, por respeitar mais as balizas jurídicas do sistema adversarial do *common law*, parece ter um sistema mais coerente e regulamentado, o que de certa forma confere mais equilíbrio do que o sistema alemão. Por outro lado, a importação mais adequada de institutos do sistema adversarial não neutraliza totalmente as distorções com a *civil law*, tampouco está livre das críticas aplicáveis ao *pleabargain* estadunidense.

CONCLUSÃO

A assimilação do *pleabargain* na Europa revela a verdadeira motivação que impulsiona as transformações do processo penal em nosso tempo, que é o esvaziamento da audiência de instrução e julgamento, como instrumento de legitimação para a imposição da resposta penal. Entretanto, alerta que o fundamento da necessidade fática não pode se sobrepor às leis oriundas dos avanços sociais e civilizatórios do estado de direito.

Isso, porque não se pode perder de vista que, uma vez que as partes não estão em igualdade e os interesses em jogo são desproporcionais, o consenso do acusado em dispensar as garantias constitucionais se trata na verdade uma ficção. Nesse sentido, essa ficção, quanto mais revestida de uma aparente voluntariedade, mais aptidão tem para substituir o vínculo de legitimação entre o direito material e o direito processual. Vínculo esse que, por sua vez, consiste na regulamentação das regras para se chegar o mais próximo possível da verdade real e, finalmente, autorizar a resposta punitiva, o que, em razão da gravidade da intervenção, não deve orbitar a esfera de disponibilidade do cidadão.

A partir disso, BerndSchünemann pondera que a única forma de conciliar essa necessidade fática e as garantias penais irrenunciáveis seria transportar para a investigação preliminar os mecanismos e garantias consubstanciados na audiência de instrução e julgamento. Isso porque não se pode admitir que essas provas colhidas unilateralmente sirvam como lastro a condenação, ainda que submetidas ao contraditório diferido, haja vista que, quanto mais difícil for o exercício do contraditório, mais poder de barganha terá a acusação.

Entretanto, não nega esse modelo dialético na fase preliminar engessaria e frustraria qualquer investigação. Dito isso, propõe três medidas para estabelecer um equilíbrio entre acusação e defesa que legitimasse o uso da barganha. A primeira medida consiste em instituir

um defensor para a investigação criminal, que exercesse genericamente a função de contrabalancear as ações do órgão investigador, protegendo os interesses da defesa para o momento oportuno. Em segundo lugar, a gravação de todos os depoimentos colhidos em fase preliminar, para que o advogado, futuramente, possa formar uma análise mais consistente acerca da plausibilidade da condenação. Por fim, como terceira medida, a necessidade de repetição das provas testemunhais perante o advogado de defesa para nova inquirição, como condição de validade probatória.

A análise precisa do autor que leva a proposição dessas três medidas decorre da conclusão de que somente o devido processo constitucional tem condão para legitimar a imposição de pena, tendo em vista todas as garantias que consagra. Dessa forma, se a implementação do *pleabargain* decorre da conclusão de que o processo penal, repleto de garantias constitucionais, cria óbices à eficiência da política criminal, de modo que a solução seria a mitigação do processo, nada mais correto do que assegurar que essas garantias sejam materializadas na fase que resta, a saber, a fase preliminar.

Isso porque as garantias consolidam a limitação mínima da atuação estatal perante o indivíduo para a existência do estado democrático de direito. Caso contrário, de nada adiantaria toda a evolução civilizatória que culminou na criação dos modelos adversarial e não-adversarial, visto que, ao fim, haveria meramente a imposição da pena fundada em procedimentos de natureza tão inquisitória quanto àquela que se pretendeu combater.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. PleaBargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Revista eletrônica do Ministério Público Federal*, 2012. Disponível em:

<http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2019.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA, Marcelo Garcia da. Notas comparativas entre o sistema adversarial norte-americano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça?. *Revista de Processo*. Rio Grande do Sul, v. 249. nov. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

ITÁLIA. Corte costituzionale. *Sentenza n° 313*. Relator: Ettore Gallo. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1990/0313s-90.html>>. Acesso em: 23 set. 2019.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 1997.



MIRABETTE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

NARDELLI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: pleabargain norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 14, p. 331-365, 2014.

PRADO, Geraldo. *A transação penal quinze anos depois*. 2015. Disponível em: <<http://www.geraldoprado.com/artigos.php>>. Acesso em: 25 mai. 2019.

SCHUNEMANN, Bernd; GRECO, Luiz (Org.). Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. *Estudos de direito penal, direito processual e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

_____; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 435-453, jun. 2015.

VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal Brasileiro atual à luz de direito comparado. *IBRASPP*. São Paulo, v. 4, p. 767-805. 2018.

AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DA TAXATIVIDADE MITIGADA DO ROL DO ARTIGO 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Rômulo Grativol Gomes

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo – O presente estudo teve por objetivo analisar as mudanças realizadas pelo atual Código de Processo Civil nas hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento. O cerne do trabalho é desenvolver as classificações doutrinárias acerca do rol constante do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, abordando a interpretação atribuída pelo Superior Tribunal de Justiça ao referido rol, enfrentando as controvérsias e apontando os prós e contras decorrentes da interpretação dada.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Recurso. Agravo de Instrumento. Taxatividade Mitigada. Superior Tribunal de Justiça.

Sumário – Introdução. 1. O rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil. 2. A decisão do Superior Tribunal de Justiça nos REsp. nº 696.396 e 1.704.520 em sede de recursos repetitivos e a conclusão pela taxatividade mitigada. 3. Ampliação do rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil: Interpretação extensiva ou superinterpretação? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca problematizar a questão da extensão dada ao rol artigo 1.015, do Código de Processo Civil, enfrentando as controvérsias acerca das críticas formuladas pela doutrina.

Para tanto, aborda-se o enfrentamento quanto aos princípios do devido processo legal, razoável duração do processo, efetividade da prestação jurisdicional e duplo grau de jurisdição, além da posição doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema.

Ressalta-se que a problemática reside na classificação do rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil como sendo rol taxativo, exemplificativo ou ainda taxativo, mas comportando interpretações, criando a figura da taxatividade mitigada.

O Código de Processo Civil de 2015 buscou através de um novo sistema recursal trazer celeridade processual, em observância ao princípio da razoável duração do processo. Para tanto, excluiu do ordenamento jurídico a figura do recurso de agravo retido e limitou a possibilidade de interposição do recurso de agravo de instrumento para aquelas previstas no rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil.

Ocorre que, se estabeleceu na doutrina e na jurisprudência uma séria e indissolúvel controvérsia acerca da possibilidade de se recorrer desde logo de decisões interlocutórias não

previstas no artigo 1.015, do Código de Processo Civil, que acabou ensejando no julgamento dos REsp. nº 696.396 e 1.704.520 em sede de recursos repetitivos, chegando a conclusão pela taxatividade mitigada.

O tema é controvertido na doutrina e merece atenção, uma vez que afeta os jurisdicionados sujeitos à decisões que não constam do rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil e a aplicação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais no novo diploma legal, bem como tratando da controvérsia acerca da natureza do referido rol.

Já no segundo capítulo apresenta-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça que pacificou a controvérsia em sede de recurso repetitivo entendendo que o rol do artigo supracitado é taxativo, mas comportaria interpretações, criando a figura da taxatividade mitigada.

O terceiro capítulo trata das críticas por parte da doutrina ao entendimento exarado, pois o Superior Tribunal de Justiça estaria fazendo uso de superinterpretação, o que é inadmissível, extrapolando à intenção do legislador.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, considerando que o objetivo primordial do pesquisador é a construção de conjecturas (hipóteses), a crítica intersubjetiva e o confronto entre assuntos relevantes que serão contestados refutados para elaboração de um conhecimento válido.

Por tal razão, o projeto deste artigo terá por essência uma pesquisa qualitativa, se valendo de bibliografia pertinente, temática atual, jurisprudências, doutrina e estatísticas analisadas sob o aspecto argumentativo na sustentação de sua tese.

1. O ROL DO ARTIGO 1.015, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 2015 foi o primeiro Código Processual a ser publicado em regime democrático, após mais de quatro anos de tramitação legislativa, revogando o Código de Processo Civil de 1973.

O referido diploma processual foi elaborado com intuito de fornecer aos jurisdicionados uma tutela jurisdicional justa, eficiente e célere, tendo tomado, entre outras medidas, a redução da quantidade de recursos, conforme se verifica mediante a extinção do recurso de agravo retido.

O Código de Processo Civil de 1973 trazia em seu Capítulo III a matéria atinente ao agravo, reconhecendo em seu artigo 522¹ a hipótese do recurso de agravo retido, enquanto o artigo 524² trazia a figura do recurso de agravo de instrumento.

Na sistemática processual revogada o agravo retido era cabível em face das decisões que não causassem à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como em casos de inadmissão da apelação e no que diz respeito aos efeitos em que a apelação é recebida.

Destaca-se que nessas hipóteses em que não seria cabível o agravo retido, o recurso cabível seria o agravo de instrumento.

Pela regra do Código de Processo Civil de 1973, o agravo retido era interposto perante o próprio juiz que proferiu a decisão recorrida, hipótese em que dependeria de interposição de posterior recurso de apelação para ser conhecido como preliminar de apelação.

Já o recurso de agravo de instrumento era interposto diretamente ao tribunal competente, onde o relator poderia até mesmo convertê-lo em agravo retido quando verificasse que não estariam presentes os requisitos do agravo de instrumento, mas somente do agravo retido.

Contudo, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o agravo retido foi excluído do ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a redução de recursos foi uma das medidas encontradas para empregar maior celeridade ao processo, permanecendo a figura do agravo de instrumento.

Nesse ponto, ressalta-se que o Código de Processo Civil de 2015 também traz a previsão de agravo interno e do agravo em recurso especial ou extraordinário, mas a abordagem de tais recursos não será objeto do presente trabalho.

O agravo de instrumento, segundo Alexandre Câmara “é o recurso adequado para impugnar algumas decisões interlocutórias, expressamente indicadas em lei como sendo recorríveis em separado”.³

O Código de Processo Civil de 2015 conceitua a decisão interlocutória em seu artigo 203, §2^o⁴ como todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no conceito de sentença, alargando o conceito adotado pelo Código de Processo Civil de 1973 em

¹ BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869/impresao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

² Ibid.

³ CAMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 448.

⁴ BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

seu artigo 162, §2º⁵, que entendia a decisão interlocutória como ato pelo qual o juiz resolve questão incidente.

Assim, com a atual sistemática, houve uma ampliação dos casos de decisão interlocutória, visto que o ato jurisdicional que apreciar parcialmente o mérito da demanda, será hipótese de decisão interlocutória, que seria passível de interposição do recurso de agravo de instrumento.

Ocorre que o Código de Processo Civil de 2015, diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, estabeleceu rol das situações em que é cabível a interposição do agravo de instrumento, não mais sendo possível interpor o referido recurso sempre que a decisão fosse suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

A partir de então surgiram na doutrina e na jurisprudência controvérsias acerca da interposição do recurso de agravo de instrumento, sendo a principal controvérsia a discussão se o rol do artigo 1.015 é taxativo ou exemplificativo.

O rol do artigo 1.015⁶ admite a interposição de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas provisórias; mérito do processo; rejeição de alegação de convenção de arbitragem; incidente de desconsideração da personalidade jurídica; rejeição do pedido de gratuidade de justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; exibição ou posse de documento ou coisa; exclusão de litisconsorte; admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; redistribuição do ônus da prova e outros casos expressamente referidos em lei.

A fundamentação para discussão acerca do rol ser taxativo ou exemplificativo se deu em relação às decisões interlocutórias que causem lesão grave e de difícil reparação, mas que não encontram previsão expressa no rol do artigo 1.015, nem mesmo em demais leis extravagantes.

Cumprido destacar que o Código de Processo Civil de 2015 não acabou com a possibilidade de recurso acerca das decisões interlocutórias não previstas no referido rol, mas tão somente postergou a discussão para o momento da interposição do recurso de apelação, bem como da apresentação de contrarrazões, nos moldes do disposto no §1º do artigo 1.009⁷, a exemplo do que ocorria com o agravo retido do Código de Processo Civil de 1973.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 4.

⁷ Ibid.

Entretanto, a restrição imposta pelo Código de Processo Civil de 2015 quanto a possibilidade de interposição de agravo de instrumento poderia ocasionar a perda do objeto da discussão da decisão, visto que a medida que seria urgente no momento em que foi proferida a decisão, pode ser inútil quando da interposição da apelação.

Por outro lado, a não observância à restrição poderia ocasionar insegurança jurídica, já que, ocasionaria a preclusão da decisão não prevista no rol do artigo 1.015 quando não interposto o respectivo recurso de agravo de instrumento no prazo de 15 dias úteis da decisão discutida, prejudicando o jurisdicionado que acreditava ser o rol do artigo 1.015 um rol taxativo, razão pela qual tão somente atacaria a decisão por via de preliminar de apelação ou de contrarrazões.

Destaca-se que a controvérsia acerca das hipóteses em que cabem o recurso de agravo de instrumento acaba por gerar até mesmo impetração de mandado de segurança em face da decisão proferida atinente à matéria não constante no rol do artigo 1.015, o que acabar por ferir a busca pela celeridade que o Código de Processo Civil de 2015 conta como objetivo a ser alcançado, abarrotando ainda mais o Poder Judiciário.

Cumprе destacar que a impetração de mandado de segurança nesse caso não é bem vista pela doutrina⁸ e jurisprudência⁹, uma vez que o mandado de segurança somente seria cabível contra decisões que não são passíveis de recurso, hipótese em que atuaria com sucedâneo recursal. Contudo, a decisão impugnada admite recurso quando da interposição da apelação.

Desse modo, imprescindível a definição no que tange ao rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil, se evidente hipótese de rol taxativo ou exemplificativo, uma vez que a indefinição gera insegurança jurídica e afeta a todos os jurisdicionados que estão sujeitos à decisão que tenha por conteúdo matéria que não encontra previsão legal no citado rol.

2. A INTERPRETAÇÃO DADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO ROL DO ARTIGO 1.015

Diante da controvérsia acerca da natureza do rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil de 2015, os Tribunais acabaram por proferir decisões nos mais diversos sentidos,

⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – Volume único, 8. Ed. Salvador: ed. JusPodivm, 2016, p. 1454.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Mandado de Segurança nº 0040130-03.2018.8.19.0000*. Relator: Des. Renata Machado Cotta. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.004.01550>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

adotando os mais diversos entendimentos, seja para admitir a interposição do agravo de instrumento em casos que não constam do referido rol, seja para inadmitir a interposição do recurso diante da ausência de previsão legal autorizando.

A multiplicidade de decisões firmando variados entendimentos levou o Superior Tribunal de Justiça a afetar dois Recursos Especiais como representativos da controvérsia para uniformizar a jurisprudência em sede de recurso repetitivo.

Nesse ponto, destaca-se que a sistemática dos recursos repetitivos encontra previsão legal no artigo 1.036, do Código de Processo Civil¹⁰, que dispõe que, quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica controvérsia, a análise do mérito recursal pode ocorrer por amostragem, mediante a seleção de recursos que representem de maneira adequada, a controvérsia. Recurso repetitivo, portanto, é aquele que representa um grupo de recursos especiais que tenham teses idênticas, ou seja, que possuam fundamento em idêntica questão de direito.¹¹

Assim, a decisão a ser proferida pelo Superior Tribunal de Justiça uniformizaria a jurisprudência, visto que pacificaria o tema, permitindo, inclusive, o cabimento de reclamação diretamente ao Tribunal para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demanda repetitivas, conforme estabelece o artigo 988, IV, do Código de Processo Civil¹², nos casos em que se proferisse decisões contrárias ao entendimento firmado pela Corte Superior.

Os Recursos Especiais afetados pelo Superior Tribunal de Justiça foram o REsp nº 1.696.396¹³ e REsp nº 1.704.520¹⁴, ambos do Mato Grosso. No primeiro Recurso Especial se discutia a possibilidade de interposição de agravo de instrumento das decisões que versam sobre competência e valor da causa, já que se referem ao mérito do litígio, enquanto o segundo Recurso Especial versava apenas sobre a questão relacionada à competência.

O Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre a questão que há muito já dividia a doutrina civil processualista brasileira, senão vejamos o entendimento de Alexandre Câmara,

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹¹ NÚCLEO DE GERENCIAMENTO DE PRECEDENTES. *Nugep Gabinete da Presidência*. Sobre Recursos Repetitivos. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portaltp/Processos/Repetitivos-e-IACs/Saiba-mais/Sobre-Recursos-Repetitivos>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

¹² BRASIL, op. cit., nota 4.

¹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.696.396*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702262874&dt_publicacao=19/12/2018>. Acesso em: 31 ago. 2019.

¹⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.704.520*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702719246&dt_publicacao=19/12/2018>. Acesso em: 31 ago. 2019.

que entende que o rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil é rol taxativo, mas que admite interpretações extensivas dos próprios incisos ali constantes:

[...] o art. 1.015 estabelece um rol taxativo (mas não exaustivo, já que há uma cláusula de encerramento no inciso XIII que prevê a possibilidade de outras disposições legais preverem outros casos de cabimento de agravo de instrumento). Assim, só é impugnável por agravo de instrumento a decisão interlocutória que, proferida por juízo de primeira instância, venha a se enquadrar em alguma das hipóteses previstas nos incisos do art. 1.015 ou que seja declarada agravável por alguma outra disposição legal. Registre-se, porém, que a existência de um rol taxativo não implica dizer que todas as hipóteses nele previstas devam ser interpretadas de forma literal ou estrita. É perfeitamente possível realizar-se, aqui – ao menos em alguns incisos, que se valem de fórmulas redacionais mais “abertas” –, interpretação extensiva ou analógica.¹⁵

Já Fernando Gajardoni, Luiz Dellore, André Roque e Zulmar Oliveira Jr.¹⁶ defendiam em sua obra que o referido rol é taxativo, não admitindo qualquer ampliação, posto que não seria essa a intenção do legislador ordinário que visou a diminuição de recursos no processo civil pátrio:

O Código claramente pretendeu estabelecer rol fechado para as hipóteses passíveis de justificar a interposição do agravo de instrumento. O ideal subjacente à lista dos casos de agravo de instrumento foi a diminuição na utilização de tal via recursal, como pretendido desafogo ao Poder Judiciário. [...] Nada obstante, considerado o direito posto, não se pode ampliar o rol do art. 1.015, sob pena inclusive de comprometer todo o sistema preclusivo eleito pelo Código.

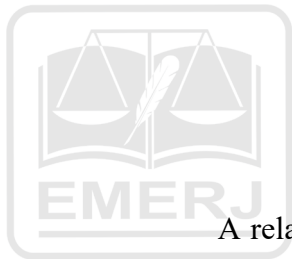
Por fim, Freddie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁷ ao analisarem o rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil ensinavam que o rol era taxativo, mas que admite interpretação extensiva que “As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um de seus tipos”.

Desse modo, em 05 de dezembro de 2018 a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por sete votos a cinco, decidiu a questão envolvendo a natureza do rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil, concluindo que não se trata de rol exemplificativo, nem taxativo, mas sim rol de taxatividade mitigada, admitindo a interposição de agravo de instrumento para outras hipóteses que não estão enumeradas no supracitado artigo.

¹⁵ CAMARA. op. cit., nota 3.

¹⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Execução e recursos*: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017. p. 1070.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 248/251.



A relatora dos Recursos Especiais em questão, Ministra Nancy Andrighi¹⁸ ¹⁹ deixou claro ao iniciar seu voto que “qualquer que seja a interpretação a ser dada por esta Corte, haverá benefícios e prejuízos, aspectos positivos e negativos, tratando-se de uma verdadeira “escolha de Sofia”.

Ao final, o voto proferido pela Ministra Relatora prevaleceu na Corte, tendo fixado a seguinte tese jurídica: “o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.²⁰

Firmou ainda o Superior Tribunal de Justiça, modulação dos efeitos da tese jurídica, qual seja, a tese jurídica somente se aplicará às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.

A referida modulação se fez necessária para proporcionar segurança jurídica aos jurisdicionados, evitando preclusão das decisões proferidas em momento pretérito ao julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos.

Portanto, ao julgar os Recursos Especiais Repetitivos o Superior Tribunal de Justiça uniformizou a jurisprudência para admitir a interposição do recurso de agravo de instrumento para hipóteses que não encontram expressa previsão legal, mas que o prolongamento do processo com a análise da questão somente em sede de recurso de apelação ocasionaria a inutilidade da discussão, visto que há casos que não poder discutir de imediato, mas somente em apelação, retiraria a própria utilidade do recurso.

A decisão proferida pela Corte Superior sofreu críticas por parte da doutrina, visto que a solução encontrada acabou por não pacificar o tema, já que não estabeleceu as hipóteses que ensejam a interposição de agravo de instrumento de maneira fechada, tendo em vista que na prática voltou-se ao sistema do Código de Processo Civil de 1973, qual seja, todas as decisões proferidas estão sendo objetos de interposição de agravo de instrumento, já que o jurisdicionado não pode correr o risco de, ao recorrer da decisão em sede de preliminar de apelação, ter seu pedido prejudicado por entender o Tribunal que a questão era passível de interposição do recurso de agravo de instrumento, tendo a decisão transitada em julgado.

Assim, o objetivo do Código de Processo Civil de 2015 de reduzir o número de recursos não restou alcançado, já que há verdadeira insegurança jurídica no sistema, sendo certo que na prática todas as decisões proferidas estão sendo agravadas.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 13.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁰ Ibid.

3. AMPLIAÇÃO DO ROL DO ARTIGO 1.015, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA OU SUPERINTERPRETAÇÃO?

A interpretação do Superior Tribunal de Justiça, conforme já explicitado, foi objeto de críticas por parte da doutrina ao estabelecer que o rol do artigo 1.015 é de taxatividade mitigada, tendo em vista que grande parte defendia que o referido rol era taxativo, mas que comportava interpretação extensiva.

Entretanto, para Lênio Streck²¹, a decisão do Superior Tribunal de Justiça não faz uso da interpretação extensiva, mas sim de superinterpretação:

Registramos, desde já, nosso pleno acordo com a posição da ABDPro: (i) o rol é taxativo; (ii) cabe interpretação extensiva; (iii) interpretação extensiva não se confunde com superinterpretação; (iv) admitir agravo de instrumento contra interlocutória sobre competência com base no art. 1.015, III, CPC, é superinterpretação, logo, inadmissível; (v) admitido o agravo de instrumento na hipótese, os efeitos da decisão só devem incidir a partir da publicação do acórdão.

Miguel Teixeira de Sousa²² discorre sobre a interpretação extensiva da seguinte maneira:

[...] a interpretação extensiva ocorre sempre que a letra se refira à espécie e o seu significado deva abarcar, por imposição dos elementos não literais da interpretação, o gênero ou sempre que a letra de uma tipologia taxativa respeite a um ou a alguns subtipos e o seu significado deva abranger, pelo mesmo motivo, outros subtipos do mesmo tipo. À interpretação extensiva está subjacente um juízo de agregação: o que vale para a parte deve valer igualmente para o todo.

Já superinterpretação é uma ideia capitaneada por Umberto Eco²³ através do livro *Interpretação e superinterpretação*, que vem sendo utilizada atualmente para questionar decisões proferidas no meio jurídico, ao argumento de que seria, de certa forma, uma interpretação inadequada acerca do texto.

O legislador ao estabelecer um rol com hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento visava uma diminuição de recursos interpostos no curso do processo, já que a interposição dependeria de expressa previsão legal.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *No STJ, taxatividade não é taxatividade? Qual é o limite da linguagem?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-07/stj-taxatividade-nao-taxativa-qual-limite-linguagem>>. Acesso em: 18 set. 2019.

²² SOUSA, Miguel Teixeira. *Introdução ao Direito*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013, p. 375.

²³ ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 53.

Ocorre que, o Superior Tribunal de Justiça^{24 25} ao entender que se admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação teria superinterpretado o texto do Código de Processo Civil. A intenção do legislador era de limitar a interposição de recursos, buscando um processo mais célere, adequado à duração razoável do processo, mas o entendimento firmado pela Corte Superior acaba por jogar por terra a tentativa de redução de recursos ao admitir que é possível a interposição de recurso de agravo de instrumento em hipóteses não previstas em lei.

Nesse ponto, destaca-se a lição de André Vasconcelos Roque e outros no sentido de que: “há um limite interpretativo para a academia e jurisprudência. Ressalvados os casos de inconstitucionalidade, não parece possível sobrepor o juízo pessoal de desaprovação das opções do CPC/2015 sobre o texto legislado”.²⁶

Como a decisão foi proferida em sede de recurso repetitivo todos os Tribunais inferiores estão vinculados ao entendimento firmado, razão pela qual devem conhecer todos os agravos de instrumentos interpostos quando houver risco à utilidade do futuro recurso de apelação.

E mais: a decisão ocasiona ainda o efeito de multiplicação de recursos, já que o jurisdicionado não possui parâmetros concretos que justifiquem ou não a interposição do recurso, já que o conceito de urgência que leva à inutilidade da questão a ser discutida no recurso de apelação no âmbito processual é um conceito abstrato, já que determinado julgador pode entender que determinado caso é dotado de urgência que não seria possível sua análise quando da interposição de recurso de apelação, enquanto outro julgador pode entender que não há que se falar em inutilidade da discussão em sede de apelação.

Assim, visando evitar eventuais prejuízos em momento posterior, a solução encontrada é a interposição de todas as decisões proferidas no processo, já que o critério adotado pelo Superior Tribunal de Justiça não traz um conceito fechado para hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça^{27 28} foi claro ao estabelecer que o critério autorizador da interposição do agravo de instrumento é eventual inutilidade da discussão da questão em recurso de apelação. Entretanto, a Corte ao fazer menção à urgência acaba por abrir

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 13.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁶ ROQUE, André Vasconcelos et al. *Hipóteses de agravo de instrumento no novo CPC: os efeitos colaterais da interpretação extensiva*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hipoteses-de-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc-os-efeitos-colaterais-da-interpretacao-extensiva-04042016>>. Acesso em: 18 set. 2019.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 13.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 14.

margem para que se recorra sempre que patente uma questão urgente, mas que ainda assim seria útil a sua discussão em preliminar de apelação.

Desse modo, além da interposição de agravo de instrumento nas hipóteses já previstas no rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil²⁹, nas hipóteses de inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, verifica-se também que os jurisdicionados estão interpondo agravo de instrumento sempre que houver urgência, mesmo que não tenha sido esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, a decisão do Superior Tribunal de Justiça^{30 31} que visava a uniformizar a jurisprudência e pôr fim às controvérsias existentes de nada adiantou, já que todas as decisões estão sendo objeto de recurso de agravo de instrumento, levando a uma maior morosidade no julgamento dos processos.

Frise-se que é evidente que questões relativas à competência, por exemplo, precisam ser decididas previamente, sob pena de termos um processo nulo, sendo a nulidade reconhecida somente no julgamento de recurso de apelação, após anos de tramitação. Entretanto a decisão do Superior Tribunal de Justiça não é a melhor forma para dirimir a questão, visto que a um só tempo desvirtuou a intenção precípua na elaboração do Código de Processo Civil de reduzir drasticamente as hipóteses de cabimento de recursos, visando uma maior celeridade processual, bem como acabou por adotar, em tese, de maneira indireta, a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, já que os jurisdicionados passaram a recorrer de todas as decisões e, caso o Tribunal entenda não ser hipótese de agravo de instrumento, a questão será discutida em sede de preliminar de apelação ou contrarrazões, a exemplo do que acontecia com o extinto agravo retido.

Assim, a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça^{32 33} constata verdadeira superinterpretação, sendo a medida adequada a adoção da taxatividade com interpretação extensiva ao rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil³⁴, ou seja, com a possibilidade de interposição de agravo de instrumento nos casos que se assemelham aos previstos em lei, sendo certo que para as hipóteses em que não seja possível a interpretação extensiva, deve-se aguardar por eventual alteração legislativa nesse sentido para acrescentar ao texto legal novas hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 13.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 14.

³² BRASIL, op. cit., nota 13.

³³ BRASIL, op. cit., nota 14.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 4.



Corroborando o exposto, é o entendimento de André Vasconcelos Roque e outros³⁵:

Enfim, o novo CPC não pode ser o que queremos que ele seja, nem o que a jurisprudência quer que ele seja. Ainda que a interpretação não se resume ao texto legal em sua literalidade, este é um primeiro aspecto da interpretação que define as suas possibilidades. Tais limites necessitam ser observados para que possamos respeitar a vontade legítima do Poder Legislativo. Se não estamos satisfeitos, que busquemos pela via política a correção das imperfeições do novo CPC.

Portanto, em que pese o Superior Tribunal de Justiça ter firmado entendimento^{36 37} em sede de recurso repetitivo acerca das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, a questão está longe de ser pacífica na doutrina e nos Tribunais, havendo diversas críticas ao decidido pela Corte.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, as divergências quanto à admissibilidade do recurso de agravo de instrumento diante das alterações promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015. O dissenso na doutrina e até mesmo na jurisprudência acerca da natureza do rol constante do artigo 1.015 que estabelece as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento se mostrou nos mais diversos sentidos.

A pesquisa mostrou que parcela respeitável da doutrina defende a taxatividade do rol, admitindo a interpretação extensiva, havendo ainda aqueles que defendem a taxatividade do rol, não admitindo qualquer interposição do recurso para além das hipóteses estritamente previstas em lei, bem como a parcela da doutrina que argumenta se tratar de rol exemplificativo, admitindo a interposição do agravo de instrumento para além das hipóteses constantes na legislação processual.

A jurisprudência, inicialmente, a exemplo do que ocorria na doutrina, se mostrou divergente, chegando a acolher as 3 correntes apresentadas, até que o Superior Tribunal de Justiça uniformizou o tema criando a figura da taxatividade mitigada para permitir a interposição do agravo de instrumento nas hipóteses de inutilidade do julgamento da questão em preliminar no recurso de apelação.

No decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que, em que pese a decisão do Superior Tribunal de Justiça firmada em sede de recurso repetitivo, a questão está longe de

³⁵ ROQUE, op. cit, nota 26.

³⁶ BRASIL, op. cit, nota 13.

³⁷ BRASIL, op. cit, nota 14.

ser pacífica na doutrina e nos Tribunais, havendo argumentos prós e contras em todos os sentidos apontados.

Na prática, a solução encontrada remonta aos tempos do Código de Processo Civil de 1973, já que os jurisdicionados passaram a recorrer de todas as decisões, devendo o Tribunal manifestar se seria hipótese de cabimento do agravo de instrumento ou se a matéria seria passível de ser discutida em preliminar de apelação ou contrarrazões.

O entendimento a que chegou este pesquisador se materializa na ideia de que a decisão do Superior Tribunal de Justiça não se amolda ao intuito pretendido pelo legislador ao editar o Código de Processo Civil, já que visava a diminuição do número de recursos, estabelecendo rol a ser observado quanto ao cabimento, em observância ao princípio da duração razoável do processo.

A principal dificuldade encontrada por esta pesquisa, para a solução dessa questão, se sustentou no conflito dos princípios constitucionais e infraconstitucionais da duração razoável do processo, da segurança jurídica, da efetividade das decisões judiciais, do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição.

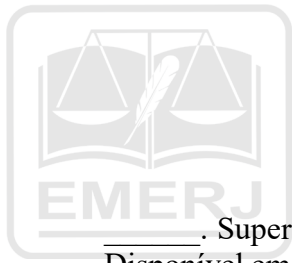
Desse modo, constata-se que a pesquisa consiste em abordar as críticas à figura da taxatividade mitigada, visto que a solução encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça não foi capaz de consolidar o tema nem na doutrina e tampouco nos Tribunais, não se permitindo uma conclusão efetiva quanto ao cabimento ou não do recurso de agravo de instrumento em face de determinadas decisões.

Assim, pelas razões expostas, a proposta do autor consiste na tese de que a medida adequada seria a adoção da taxatividade com interpretação extensiva do rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil, sendo certo que para as hipóteses em que não seja possível a interpretação extensiva deve-se aguardar por eventual alteração legislativa para ampliar as hipóteses de cabimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.696.396*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702262874&dt_publicacao=19/12/2018>. Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.704.520*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702719246&dt_publicacao=19/12/2018>. Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Mandado de Segurança nº 0040130-03.2018.8.19.0000*. Relator: Des. Renata Machado Cotta. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.004.01550>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

CAMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo. Atlas, 2017.

ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*, 8. ed. Salvador. JusPodivm, 2016.

NÚCLEO DE GERENCIAMENTO DE PRECEDENTES. *Nugep Gabinete da Presidência. Sobre Recursos Repetitivos*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Repetitivos-e-IACs/Saiba-mais/Sobre-Recursos-Repetitivos>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

SOUSA, Miguel Teixeira. *Introdução ao Direito*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *No STJ, taxatividade não é taxatividade? Qual é o limite da linguagem?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-07/stj-taxatividade-nao-taxativa-qual-limite-linguagem>>. Acesso em: 18 set. 2019.

ROQUE, André Vasconcelos et al. *Hipóteses de agravo de instrumento no novo CPC: os efeitos colaterais da interpretação extensiva*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hipoteses-de-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc-os-efeitos-colaterais-da-interpretacao-extensiva-04042016>>. Acesso em: 18 set. 2019.

A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL: UMA REFLEXÃO ACERCA DA SUA APLICAÇÃO NA PERSECUÇÃO PENAL

Savana da Silva Soares

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo – No cenário das operações de combate a corrupção que ocorrem no Brasil, o presente estudo pretende trazer as discussões sobre a aplicação da Colaboração Premiada nas diversas etapas da persecução penal, avaliando o impacto na elaboração, homologação e efetivação do acordo com as benesses garantidas ao acusado-colaborador diante dos direitos fundamentais e do sistema acusatório. Apontam-se as principais discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, buscando uma solução para os conflitos dentro do próprio procedimento processual penal perante a lacuna legislativa do rito a ser usado na aplicação da Colaboração Premiada dentro das etapas do processo penal.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Colaboração Premiada. Persecução Penal.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias quanto à discricionariedade da decisão do Ministério Público sobre a proposta ou o acordo negociado com o delator. 2. Do momento do pronunciamento do acusado colaborador na AIJ sem que ocorra a violação dos princípios constitucionais. 3. As divergências acerca da legitimidade do Delegado de Polícia na realização de acordos de colaboração premiada na fase de inquérito policial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discorre sobre a aplicação do instituto da colaboração premiada na persecução penal, tendo como enfoque o impacto da sua aplicação nas diversas etapas do processo penal. Procura-se demonstrar que a sua aplicação pode ser coerente com os direitos fundamentais e com o sistema acusatório, ou que em caso de conflito ou violação, não é prejudicial ao réu diante das benesses garantidas no acordo.

Diante disso, apresentam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais no tocante ao tema abordado a fim de demonstrar que, uma vez respeitadas as etapas garantistas do processo penal, a aplicação da colaboração premiada se dará de forma harmônica com o sistema acusatório, sem violação dos princípios fundamentais da constituição e do processo penal.

A colaboração premiada é um acordo firmado de maneira consciente e voluntária pelo acusado, com o objetivo de fornecer informações das atividades ilícitas, imputar fatos criminosos aos comparsas da organização criminosa e auxiliar na desarticulação da organização, em troca de benesses que serão fornecidas na sua ação penal.

O tema possui grandes discussões na doutrina e na jurisprudência, e ganhou notoriedade no Brasil pelas atuais operações de combate à corrupção e ao crime organizado



no meio político, que são realizadas pelo Ministério Público e pela Polícia Judiciária.

No primeiro capítulo será abordada a discussão sobre qual seria o momento oportuno do pronunciamento do acusado-colaborador na audiência de instrução e julgamento, de maneira a evitar a violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório, tanto do acusado-colaborador, quanto dos demais réus acusados de pertencer a organização criminosa.

O segundo capítulo aborda sobre a decisão do Ministério Público de aceitar ou não a proposta ou acordo traçado com o colaborador, com objetivo de demonstrar que se trata de ato discricionário, não vinculando o Ministério Público por ter participado das discussões quanto ao acordo.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta as divergências doutrinárias e jurisprudências em relação a legitimidade para realização do acordo de colaboração premiada. Procura-se demonstrar que não seria o Ministério Público o único legitimado a firmar o acordo, podendo o Delegado de Polícia firmar acordo de colaboração premiada na fase de inquérito policial.

Para obter os resultados e respostas acerca da problematização apresentada neste trabalho, será feita a análise da aplicação de um instituto do direito penal através da pesquisa explicativa.

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

1. CONTROVÉRSIAS QUANTO À DISCRICIONARIEDADE DA DECISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE A PROPOSTA OU O ACORDO NEGOCIADO COM O DELATOR

O instituto da Colaboração Premiada é um acordo de cooperação na investigação entre o acusado e o Ministério Público ou Autoridade Policial¹.

Previsto na Lei de Organização Criminosa², se constitui como meio de obtenção de prova, em que o acusado-colaborador além de confessar sua participação na organização

¹ BRASIL. Ministério Público Federal. *Colaboração Premiada*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/investigacao/colaboracao-premiada>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

² BRASIL. *Lei n° 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: 08 abr. 2019.

delituosa, fornece informações eficazes para a obtenção de um dos objetivos previstos na norma, recebendo em troca benefícios legais³.

Em regra, a Colaboração Premiada ocorre em quatro fases: negociação; formalização; produção de provas; sentença e efetivação do benefício⁴.

Na fase da negociação, o acusado traz informações sobre a atividade delituosa realizada pela organização criminosa e sobre os demais operadores envolvidos, a fim de auxiliar no desmantelamento da organização em prol de benesses fornecidas pelo Ministério Público.

A negociação será feita de forma livre, mas deve analisar o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 4º da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013⁵, uma vez que apesar da liberdade de tratativa, devem ser observados os requisitos de validade para evitar ilegalidades ao longo da persecução penal que inviabilizaria a concretização do acordo.

Terminada a fase de negociação, se inicia a fase de formalização do acordo negociado para efetivar a sua homologação, que deve preencher os requisitos do artigo 6º da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013⁶. A formalização serve para garantir a segurança jurídica do que foi pactuado entre as partes na negociação, comum em qualquer negócio jurídico.

No acordo de Colaboração Premiada há sempre duas partes: o acusado-colaborador e o Estado, em regra representado pelo Ministério Público. E os fatos expostos na negociação somente serão formalizados com o consenso das partes envolvidas, para que assim seja homologado pelo juiz.

Pelas benesses que podem ser adquiridas na Colaboração Premiada, ela é reconhecida como uma técnica de defesa para o acusado, visto o seu caráter de direito subjetivo⁷.

Contudo, cabe destacar que mesmo sendo um direito subjetivo do acusado, o Ministério Público não é obrigado a formular o acordo negociado, tendo em vista que se trata de um negócio jurídico que deve ser formulado em consenso entre as partes.

³ LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Especial Criminal Comentada*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 520.

⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Colaboração premiada no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.176.

⁵ BRASIL, op. cit, nota 2.

⁶ Ibid.

⁷ VIEIRA, Yan Renatho Silva. *Colaboração premiada: conceito, natureza jurídica e principais aspectos*. Disponível em: < <https://yanrsvieira.jusbrasil.com.br/artigos/479805911/colaboracao-premiada-conceito-natureza-juridica-e-principais-aspectos>> Acesso em: 08 abr. 2019.

Apesar do Ministério Público ter participado da fase de negociação do acordo de Colaboração Premiada, a decisão de formular o termo de acordo para a homologação é discricionária. Posto que, como todo ato de agente público, além de preencher os requisitos previstos na Lei das Organizações Criminosas, o acordo deve ser formulado de modo a ser eficiente para a investigação e pela busca da verdade, sendo as informações suficientes a desarticular a organização delituosa.

Renato Brasileiro⁸ entende que:

[...] para que o agente faça jus aos benefícios penais e processuais penais estipulados em cada um dos dispositivos legais, é indispensável aferir a relevância e a eficácia objetiva das declarações prestadas pelo colaborador. Não basta a mera confissão acerca da prática delituosa. Em um crime de associação criminosa, por exemplo, a confissão do acusado deve vir acompanhada do fornecimento de informações que sejam objetivamente eficazes, capazes de contribuir para a identificação dos comparsas ou da trama delituosa.

Nesse caso, deve haver uma valoração de conduta, como em todo poder discricionário. O Ministério Público deve avaliar o acordo a ser formulado pelos critérios de conveniência e oportunidade⁹ tanto para o interesse do acusado, quanto ao interesse coletivo na busca pela verdade real e ao combate ao crime organizado.

Dessa forma, apesar da faculdade advinda pela Lei das Organizações Criminosas¹⁰ em favor do interesse do acusado-colaborador, seu direito subjetivo deve ser ponderado com os critérios da oportunidade e conveniência do interesse coletivo, cabendo ao Ministério Público analisar a adequação e a necessidade da medida.

O membro do Ministério Público deverá, após as negociações, estudar a necessidade da formulação dos termos do acordo da Colaboração Premiada, de forma a verificar se a medida adotada será realmente eficiente para apurar outros crimes praticados pela organização e conseguir a sua desarticulação, identificar os demais coautores e partícipes, e recuperar proveitos e produtos adquiridos com os delitos¹¹.

Cabe destacar também que o próprio dispositivo legal reforça a discricionariedade da decisão do Ministério Público em formular o acordo, quando no seu artigo 4º, §6º da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013¹², determina que não é permitido a participação do

⁸LIMA, op. cit, p. 529.

⁹CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.51.

¹⁰BRASIL, op. cit, nota 2.

¹¹ SILVA, César Dario Mariano da. *Colaboração premiada e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-05/cesar-dario-colaboracao-premiada-obrigatoriedade-acao-penal>> Acesso em: 08 abr. 2019.

¹²BRASIL, op. cit, nota 2.

magistrado na negociação¹³, a fim de assegurar a imparcialidade na persecução penal, e voluntariedade e o pactuação entre as partes.

Dessa maneira o papel do magistrado se efetiva na fase de homologação, tendo como objetivo principal de fiscalizar a legalidade, e a voluntariedade das partes, em razão da natureza contratual do acordo, evitando apenas possíveis nulidade ao longo da instrução processual penal.

Entretanto, não cabe ao magistrado negociar as cláusulas do possível acordo uma vez que tal ato viola gravemente o caráter discricionário e voluntário determinado por lei ao membro do Ministério Público e ao acusado-colaborador¹⁴.

Assim, com base dos critérios da oportunidade e conveniência, o Ministério Público, após a fase de negociação, deve se valer do poder discricionário para decidir quanto a formulação do acordo de Colaboração Premiada.

Ademais, apesar do direito subjetivo do acusado-colaborador garantido por lei em negociar as cláusulas do acordo, depende do Ministério Público, com agente público-administrativo verificar e decidir pela efetividade ou não da sua formulação.

Devendo, portanto, apenas formular os termos do acordo para a sua homologação depois de analisados os institutos de necessidade e adequação da medida à luz do interesse da busca incansável da verdade, de modo a dismantelar a organização criminosa, identificar e processar os outros integrantes e recuperar os ganhos financeiros provenientes da atividade criminosa.

2. DO MOMENTO DO PRONUNCIAMENTO DO ACUSADO COLABORADOR NA AIJ SEM QUE OCORRA A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O mecanismo do procedimento processual penal, com base no Código de Processo Penal¹⁵, traz o instituto da audiência de instrução e julgamento dividido em fases. Contudo, para entender a importância dessas fases é preciso fazer um breve mergulho histórico quanto a mudança desse instituto no processo penal.

¹³ LEQUES, Rossana Brum. *Colaboração premiada: o papel do Ministério Público e da Defesa*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/269949060/colaboracao-premiada-o-papel-do-ministerio-publico-e-da-defesa>> Acesso em: 08 abr. 2019

¹⁴ Idem. *Colaboração premiada: o papel do Poder Judiciário*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/colaboracao-premiada-o-papel-do-poder-judiciario/>> Acesso em: 08 abr. 2019.

¹⁵ BRASIL. *Decreto-lei n° 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

Antes da reforma do Código de Processo Penal¹⁶, advinda com a Lei nº 11.719/2008¹⁷ a instrução criminal seguia o seguinte rito: o magistrado designava dia e hora para realizar o interrogatório do réu e somente após esse ato que eram arroladas as testemunhas. Dessa forma, o interrogatório não fazia parte da audiência de instrução e julgamento, uma vez que não era considerado como meio de prova e ato de manifestação da autodefesa e defesa técnica, sendo considerado apenas como ato pessoal do juiz¹⁸.

Com a reforma trazida pela Lei nº 11.719/2008¹⁹, as fases da audiência de instrução e julgamento passaram por uma mudança topográfica. O interrogatório do réu deixou de ser apenas um ato pessoal do juiz e passou a ser reconhecido como meio de prova e manifestação de defesa.

Dessa forma, a audiência de instrução e julgamento tornou-se um ato uno seguindo o seguinte rito: oitiva do ofendido; oitiva das testemunhas, sendo primeiro de acusação, seguida pelas de defesa; esclarecimentos do perito ou assistente técnico; e por fim o interrogatório do acusado, conforme prevê o artigo 400 do Código de Processo Penal²⁰.

Destaca-se que, diante da mudança, o sistema acusatório ganhou força no procedimento processual penal. Com a audiência una e o interrogatório sendo o último ato da instrução criminal fica assegurado a aplicação do Princípio da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal, e oportuniza o contraditório penal.

No instituto da Colaboração Premiada, o acusado-colaborador se coloca como meio de obtenção de prova em troca de benesses a serem adquiridas com a homologação do acordo. Assim a Colaboração Premiada é utilizada como técnica de defesa, em que o acusado abre mão do seu direito de permanecer em silêncio, garantido pelo artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal²¹, colaborando com a persecução penal em busca de provas e assumindo sua culpa diante dos delitos por ele praticados²², para que assim obtenha suas benesses.

Contudo, diante das garantias dos Princípios Constitucionais na audiência de instrução e julgamento que foi trazido com a reforma da instrução criminal, a lei penal deixou

¹⁶ Ibid.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Rosa, Alexandre Moraes da. *Interrogatório deve ser o último ato do processo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-03/limite-penal-interrogatorio-ultimo-ato-processo>>. Acesso em: 02 set. 2019.

¹⁹ BRASIL, op. cit, nota 17.

²⁰ BRASIL, op.cit, nota 15.

²¹ BRASIL. *Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

²² LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. *Colaboração premiada: aspectos relevantes e legitimidade do Delegado*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/colaboracao-premiada/>> Acesso em: 02 set. 2019.

margem em relação a qual seria o momento oportuno para que o acusado-colaborar manifestasse as suas declarações, uma vez que o seu interrogatório é utilizado como meio de prova para a acusação dos demais corréus.

Diante da preocupação em assegurar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o Código de Processo Penal²³ prevê como nulo a inversão das fases da audiência de instrução e julgamento diante do defeito no ato processual, tendo em vista que viola o devido processo legal e as outras garantias previstas no Princípios Constitucionais.

Dessa forma a lei penal é omissa em qual seria o momento oportuno para que o acusado-colaborador prestasse suas declarações, pois se forem prestadas junto as oitivas das testemunhas de acusação tem-se garantido o direito ao contraditório e ampla defesa dos corréus, diante das declarações prestadas do acusado-colaborador, mas viola o direito a manifestação da autodefesa e defesa técnica do acusado-colaborador, já que ele não seria ouvido no momento adequado previsto no ordenamento jurídico penal, que seria no interrogatório dos acusados, o que gera nulidade pelo ato processual defeituoso.

Contudo, seguindo o rito da audiência de instrução e julgamento, o acusado-colaborador deve ser ouvido no momento do interrogatório, juntamente com os corréus para que assim seja garantido o seu direito a autodefesa, defesa técnica e o contraditório. Entretanto, uma vez que suas declarações são usadas como prova do órgão acusador pelo acordo da colaboração premiada, por não terem sido prestadas em conjunto com as testemunhas de acusação viola o direito ao contraditório e a ampla defesa dos corréus uma vez que ficariam restritos de manifestar sua autodefesa diante das declarações prestadas pelo colaborador.

Assim, uma vez que o colaborador faz parte do processo na condição de acusado, prestando suas declarações no interrogatório, essas declarações poderão ser usadas como prova testemunhal de acusação, com base no acordo de colaboração premiada, o que confunde a figura do acusado colaborador na AIJ²⁴.

Diante desse conflito de figuras, deve ser observado qual solução é menos prejudicial e que ainda sim garante os direitos constitucionais do acusado-colaborador e dos corréus.

Uma primeira possível solução seria do acusado-colaborador ser ouvido na instrução criminal juntamente com a oitiva das testemunhas de acusação, uma vez que com a homologação do acordo de colaboração premiada, o acusado estaria renunciando partes de

²³BRASIL, op.cit, nota 15.

²⁴SILVA, Douglas Rodrigues da. *A delação (ou colaboração) premiada realmente prova alguma coisa?*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/delacao-ou-colaboracao-premiada/>> Acesso em: 02 set. 2019.

seus direitos constitucionais em trocas das benesses estipuladas no acordo, como forma de manifestação do seu direito à liberdade de escolher a melhor defesa técnica diante da sua situação processual e penal²⁵.

Entretanto, essa tese entraria em conflito em duas vertentes. A primeira seria que uma das características dos direitos fundamentais são de ser irrenunciáveis, ou seja, em regra, não se admite a renúncia de direitos fundamentais, apenas o seu direito de não exercer, sendo ponderados em cada caso concreto²⁶.

A segunda vertente seria que, uma vez que o acusado-colaborador prestasse suas declarações apenas como testemunha de acusação, perderia a oportunidade de manifestar o seu contraditório a ampla defesa nas provas testemunhas que serão produzidas posteriormente as suas declarações, acarretando em nulidade processual diante do prejuízo gerado em sua defesa, tendo em vista que não seria respeitado o sistema acusatório do processo penal.

Dessa forma, a segunda possível solução para este conflito, seria de que o acusado-colaborador não teria um momento pré-determinado para prestar suas declarações, podendo serem prestadas junto a oitivas das testemunhas ou no momento do interrogatório de todos os réus, com base no Princípio da Instrumentalidade das Formas, previsto no artigo 566 do Código de Processo Penal²⁷.

A luz do Princípio Instrumentalidade das Formas, a inversão das fases da audiência de instrução e julgamento não acarretaria diretamente nulidade de ato processual, devendo a parte prejudicada manifestar o prejuízo que foi gerado diante do ato que foi realizado de maneira diferente da prevista em lei. Assim, se nenhuma das partes alegar o prejuízo em momento oportuno e a AIJ atingir a sua finalidade, que era de produzir provas suficientes para gerar o convencimento motivado do magistrado, não deve ser declarado qualquer nulidade processual²⁸.

Apesar disso, diante do caso concreto, uma vez provado que uma das partes sofreu prejuízo pela inversão das fases da AIJ, deverá ser declarada a nulidade de todo ato processual e assim o Princípio da Instrumentalidade das formas perde a sua aplicação. Não sendo, portanto, a solução mais viável a este conflito.

²⁵MARTINS, Carla. *Delação premiada: direitos e garantias do réu colaborador*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73022/delacao-premiada-direitos-e-garantias-do-reu-colaborador>> Acesso em: 02 set. 2019.

²⁶ROSA, Lucas Costa da. *Renúncia a direitos fundamentais*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18569/renuncia-a-direitos-fundamentais>> Acesso em: 02 set. 2019.

²⁷BRASIL, op. cit, nota 15.

²⁸LFG. *Entenda o Princípio da Instrumentalidade das Formas*. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/entenda-o-principio-da-instrumentalidade-das-formas>> Acesso em: 02 set. 2019.

Dessa forma, a solução menos prejudicial e que garante os direitos constitucionais do acusado-colaborador e dos corréus seria o desmembramento do processo, com base no artigo 80, 3ª parte do Código Processo Penal²⁹.

Ocorrendo o desmembramento do processo, o processo do acusado-colaborador prosseguiria em separado dos demais réus. Dessa maneira, no processo em que o acusado-colaborador responde pelos delitos por ele praticado, suas declarações seriam prestadas no momento de seu interrogatório, garantindo seu direito a autodefesa, defesa técnica e o contraditório que poderiam ser manifestados no momento do interrogatório.

Já no processo em que responde os corréus, o acusado-colaborador mudaria de figura e ocuparia o lugar de prova, prestando suas declarações como testemunha de acusação, diante dos termos lavrados no acordo de Colaboração premiada. Sendo garantido assim, a manifestação da ampla defesa e do contraditório dos corréus diante das declarações prestadas pelo acusado-colaborador.

Dessa forma não há de se falar uma nulidade processual, uma vez que nos dois processos seriam respeitadas as fases da audiência de instrução e julgamento previsto em lei. Nem mesmo de violação aos direitos fundamentais dos acusados, tendo em vista que estariam garantidos os Princípios da Ampla Defesa, do Devido Processo Legal e do Contraditório Penal em ambos processos, pois seriam julgados em separados, assegurando que o acusado-colaborador configurasse tanto na figura de testemunha de acusação quanto com acusado em seu interrogatório, sem que haja conflito na atuação dessas duas figuras.

3. AS DIVERGÊNCIAS ACERCA DA LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA NA REALIZAÇÃO DE ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL.

A Lei de Organização Criminosa³⁰, em seu artigo 4º, § 6º dispõe que as negociações do acordo de Colaboração Premiada poderão ser realizadas entre o Delegado de Polícia e o investigado, com seu defensor, sendo necessário neste caso a manifestação do Ministério Público; ou entre o Ministério Público e o investigado/acusado, com a presença do seu defensor.

Dessa forma, com base no artigo mencionado acima, seriam legitimados para negociar o acordo de Colaboração Premiada: o Delegado de Polícia, sendo que a sua atuação

²⁹BRASIL, op.cit, nota 15.

³⁰BRASIL. op. cit, nota 2.

seria limitada a fase da investigação penal, conforme prevê o artigo 4º, §2º da Lei nº 12.850/13³¹; e o Ministério Público que possui legitimidade para atuar em qualquer fase da persecução penal.

Assim, pode-se concluir que na fase da investigação penal a legitimidade do Delegado de Polícia e do Ministério Público serão concorrentes.

Cabe destacar que o instituto da Colaboração Premiada, antes mesmo de visar conceder benesses ao acusado/colaborador, possui como natureza jurídica e objetivo principal o meio de obtenção de prova em busca da verdade na persecução penal como um todo e na busca da elucidação caso a ser apurado.

Dessa maneira, sendo o Delegado de Polícia o presidente da investigação penal, possui total legitimidade para negociar acordos de Colaboração Premiada a fim de usar esse instituto como meio de obtenção de prova para a investigação penal³².

Contudo, a Procuradoria Geral da República ajuizou a ADI nº 5.508³³, questionando a constitucionalidade dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13³⁴. Dessa forma, a PGR ajuizou a ADI requerendo que fosse declarada inconstitucional a legitimidade dos Delegados de Polícia para negociar acordos de Colaboração Premiada uma vez que violaria o princípio acusatório, à luz do artigo 129, inciso I da CRFB³⁵.

Segundo os argumentos da PGR, o Ministério Público seria o único legitimado a negociar os acordos de Colaboração Premiada, uma vez que as benesses desse acordo não poderiam ser oferecidas por qualquer membro de outro órgão que não fosse do Ministério Público, visto que são a parte acusadora de uma possível ação penal³⁶.

Dessa maneira, conforme o entendimento da PGR, a Polícia Judiciária não poderia negociar os possíveis acordos por assegurar benesses que não poderiam honrar, tendo em vista que não são titulares da ação penal³⁷. Ou seja, a legitimidade aos Delegados de Polícia

³¹Ibid.

³²GOMES, Rodrigo Carneiro. *Delegado tem o poder-dever de representar ao juízo e propor colaboração premiada*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-26/academia-policia-delegado-temo-poder-dever-propor-colaboracao-premiada#_edn5> Acesso em: 18 set. 2019.

³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Julgamento da ADI nº 5.508*. Voto do Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2019.

³⁴BRASIL, op.cit, nota 2.

³⁵BRASIL, op. cit, nota 21.

³⁶SILVA, Márcio Alberto Gomes. *A legitimidade do delegado de polícia para elaboração de acordo de colaboração premiada e a adin 5508*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63083/a-legitimidade-do-delegado-de-policia-para-elaboracao-de-acordo-de-colaboracao-premiada-e-a-adin-5508>>. Acesso em: 18 set. 2019.

³⁷COELHO, Gabriela. *Delegados de polícia podem conduzir acordos de delação premiada, diz STF*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/delegados-podem-assinar-acordos-delacao-premiada-decide-supremo>>. Acesso em 18 set. 2019.

de negociar os benefícios no acordo de Colaboração Premiada entraria em conflito com a competência exclusiva do Ministério Público de titular da ação penal incondicionada.

Além disso, segundo a Procuradoria Geral da República, sendo o Ministério Público o titular da ação penal incondicionada, seria o único órgão a possuir legitimidade para propor acordo de Colaboração Premiada, visto que esse acordo seria uma forma de transação penal, cuja legitimidade para propor é privativa do Ministério Público³⁸.

Entretanto o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI nº 5.508³⁹, declarando a constitucionalidade dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13⁴⁰. O STF, pelo voto da maioria dos membros, declarou que legitimidade dos Delegados de Polícia em negociar os acordos de Colaboração Premiada na fase de investigação penal é constitucional, e além disso, não viola a competência do Ministério Público de ser titular da ação penal⁴¹.

Os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia, entenderam pela improcedência da ação, acompanhado o voto do Ministro Relator Marco Aurélio.

Com base no entendimento do relator, Ministro Marco Aurélio, a legitimidade do Delegado de Polícia em negociar os possíveis acordos como meio de obtenção de prova não interferem na atribuição do Ministério Público de propor ação penal⁴².

Com esse entendimento, os Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso modificaram seus votos e acompanharam o relator.

Uma vez que o Delegado de Polícia preside a investigação penal com o objetivo de elucidar caso investigado possui legitimidade para requerer medidas cautelares negociadas no acordo de Colaboração Premiada ao Juiz, de modo a utilizar esse acordo como meio de obtenção de provas para a investigação criminal.

Segundo o Voto do Relator, a Autoridade Policial possui legitimidade para negociar acordo e benesses, assim como o Ministério Público, uma vez que esses benefícios dependeriam da homologação judicial⁴³.

³⁸GOMES, op. cit, nota 32.

³⁹BRASIL, op. cit, nota 33.

⁴⁰BRASIL, op. cit, nota 2.

⁴¹INACIO, Alberto. *O Supremo Tribunal Federal declara constitucional a realização de acordo de colaboração premiada realizados por delegados de polícia*. Disponível em: <<https://ajj.jusbrasil.com.br/noticias/592407823/o-supremo-tribunal-federal-declara-constitucional-a-realizacao-de-acordo-de-colaboracao-premiada-realizados-por-delegados-de-policia>>. Acesso em: 18 set. 2019.

⁴²BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *STF decide que delegados de polícia podem firmar acordos de colaboração premiada*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382031>>. Acesso em: 18 set. 2019.

⁴³INACIO, op. cit, nota 41.



Destaca-se que, o acordo negociado com o Delegado de Polícia deve ser submetido a manifestação do Ministério Público, visto que é uma exigência da Lei nº 12.850/13⁴⁴. Entretanto, o parecer do Ministério Público não possui efeito vinculante, ou seja, é competência privativa do Juiz concretizar ou não o acordo de Colaboração Premiada, devendo avaliar o acordo com os benefícios apresentado pela Autoridade Policial, e o parecer do Ministério Público, verificando se as cláusulas do acordo, são proporcionais e de acordo com o ordenamento jurídico⁴⁵, e ainda se foram celebradas de maneira voluntária.

Independente salientar que os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux, divergiram de maneira parcial o voto do relator. Segundo esses Ministros apesar do Delegado de Polícia possui legitimidade para negociar o acordo de Colaboração Premiada, o parecer do Ministério Público, por ser uma exigência da Lei de Organização Criminosa⁴⁶, deve ter efeito vinculante, ou seja, a homologação do acordo pelo Juiz dependeria da manifestação favorável do Ministério Público.⁴⁷

Além disso, o Ministro Dias Toffoli divergiu de maneira parcial os votos dos Ministros citados anteriormente e o voto do Relator. Segundo o Ministro Dias Toffoli⁴⁸, seria critério do Magistrado conceder benesses ao acusado/colaborador, e o parecer do Ministério Público não possuiria caráter vinculante, contudo a Autoridade Policial somente acordar os benefícios previstos no artigo 4º, *caput* e parágrafo 5º, da Lei 12.850/2013⁴⁹.

Assim, com base no julgamento da ADI nº 5.508⁵⁰ realizado em 20/06/2018, é constitucional a legitimidade do Delegado de Polícia, previsto no artigo 4º, §§ 2º e 6º da Lei nº 12.850/13⁵¹, para negociar acordos de Colaboração Premiada, na fase de investigação penal, devendo esse acordo ser submetido a manifestação do Ministério Público, mas essa manifestação não possui caráter vinculante podendo o juiz homologar ou não o acordo independente do que foi manifestado pelo Ministério Público.

CONCLUSÃO

O presente trabalho preocupou-se em discutir a aplicação do instituto da Colaboração Premiada na persecução penal. Embora já incorporado no ordenamento jurídico penal

⁴⁴BRASIL, op. cit, nota 2.

⁴⁵BRASIL, op. cit, nota 42.

⁴⁶BRASIL, op. cit, nota 2.

⁴⁷BRASIL, op. cit, nota 42.

⁴⁸Ibid.

⁴⁹BRASIL, op. cit, nota 2.

⁵⁰BRASIL, op. cit, nota 33.

⁵¹BRASIL, op. cit, nota 2.

brasileiro, ainda existem lacunas na sua aplicação prática dentro do procedimento processual penal, dando margem a conflitos e violações dos direitos fundamentais e do sistema acusatório.

Mostrou-se que apesar do instituto ser conhecido e aplicado pelos operadores do direito, ainda existe dúvidas quanto ao rito a ser seguido em relação a sua aplicação dentro do processo penal, o que geram discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Constatou-se que diante da lacuna legislativa em relação ao rito de sua aplicação, as instituições responsáveis por operar o direito, como o Ministério Público, Delegados de Polícia e Advogados entram em conflitos quanto aos entendimentos jurídicos sobre este tema, o que dá ensejo a violação de direitos e garantias fundamentais.

Para que se atinja uma solução viável a garantir os direitos constitucionais perante a lacuna legislativa, é necessário que seja feita uma análise mais profunda sobre o processo penal e o sistema acusatório como um todo, de modo a adequar os procedimentos previstos nas etapas no Código de Processo Penal e a aplicação da Colaboração Premiada. Dessa forma é possível que a aplicação da Colaboração Premiada ocorra de forma harmônica e sem conflitos ou violações que seriam prejudiciais tanto para o acusado-colaborador quanto aos outros réus presentes na ação penal.

A fim de inibir essas violações é necessário que o legislador brasileiro observe essa lacuna jurídica e crie normas que ditem como seria o rito da aplicação da Colaboração Premiada dentro da persecução penal. Dessa forma, pacificaria qual entendimento jurídico deveria ser adotado e encerraria as discussões doutrinárias sobre esse tema, dando segurança jurídica para os réus e operadores do direito.

Por fim, cabe salientar que a Colaboração premiada ganhou grande visibilidade nos últimos tempos com as operações de combate a corrupção. Assim, é necessária uma pacificação dos entendimentos jurídicos do rito procedimental desse instituto, de modo a garantir a segurança jurídica e a não-violação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. *Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.



_____. Ministério Público Federal. *Colaboração Premiada*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/investigacao/colaboracao-premiada>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Decreto-lei n° 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. *Lei n° 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: 08 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, *Julgamento da ADI 5.508*. Voto do Relator disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, *STF decide que delegados de polícia podem firmar acordos de colaboração premiada*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382031>>. Acesso em: 18 set. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

COELHO, Gabriela. *Delegados de polícia podem conduzir acordos de delação premiada, diz STF*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/delegados-podem-assinar-acordos-delacao-premiada-decide-supremo>>. Acesso em: 18 set. 2019.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *Delegado tem o poder-dever de representar ao juízo e propor colaboração premiada*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-26/academia-policia-delegado-temo-poder-dever-propor-colaboracao-premiada#_edn5> Acesso em: 18 set. 2019.

INACIO, Alberto. *O Supremo Tribunal Federal declara constitucional a realização de acordo de colaboração premiada realizados por delegados de polícia*. Disponível em: <<https://aij.jusbrasil.com.br/noticias/592407823/o-supremo-tribunal-federal-declara-constitucional-a-realizacao-de-acordo-de-colaboracao-premiada-realizados-por-delegados-de-policia>>. Acesso em: 18 set. 2019.

LEQUES, Rossana Brum. *Colaboração premiada: o papel do Ministério Público e da Defesa*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/269949060/colaboracao-premiada-o-papel-do-ministerio-publico-e-da-defesa>> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Colaboração premiada: o papel do Poder Judiciário*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/colaboracao-premiada-o-papel-do-poder-judiciario/>> Acesso em: 08 abr. 2019.

LFG. *Entenda o Princípio da Instrumentalidade das Formas*. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/entenda-o-principio-da-instrumentalidade-das-formas>> Acesso em: 02 set. 2019.

LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. *Colaboração premiada: aspectos relevantes e legitimidade do Delegado*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/colaboracao-premiada/>>

Acesso em: 02 set. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Especial Criminal Comentada*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. Rosa, Alexandre Morais da. *Interrogatório deve ser o último ato do processo*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-jul-03/limite-penal-interrogatorio-ultimo-ato-processo>> Acesso em: 02 set. 2019.

MARTINS, Carla. *Delação premiada: direitos e garantias do réu colaborador*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73022/delacao-premiada-direitos-e-garantias-do-reu-colaborador>> Acesso em: 02 set. 2019.

ROSA, Lucas Costa da. *Renúncia a direitos fundamentais*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18569/renuncia-a-direitos-fundamentais>> Acesso em: 02 set. 2019.

SILVA, César Dario Mariano da. *Colaboração premiada e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-05/cesar-dario-colaboracao-premiada-obrigatoriedade-acao-penal>> Acesso em: 08 abr. 2019.

SILVA, Douglas Rodrigues da. *A delação (ou colaboração) premiada realmente prova alguma coisa?*. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/delacao-ou-colaboracao-premiada/>> Acesso em: 02 set. 2019.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. *A legitimidade do delegado de polícia para elaboração de acordo de colaboração premiada e a adin 5508*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63083/a-legitimidade-do-delegado-de-policia-para-elaboracao-de-acordo-de-colaboracao-premiada-e-a-adin-5508>>. Acesso em: 18 set. 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Colaboração premiada no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VIEIRA, Yan Renatho Silva. *Colaboração premiada: conceito, natureza jurídica e principais aspectos*. Disponível em: <<https://yanrsvieira.jusbrasil.com.br/artigos/479805911/colaboracao-premiada-conceito-natureza-juridica-e-principais-aspectos>> Acesso em: 08 abr. 2019.



LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LEI Nº 13.709/18): O DIREITO À REVISÃO E À EXPLICAÇÃO DO ESCORE DE CRÉDITO

Stephanie Moledo Benevides Carvalho

Graduada em Direito pela Universidade
Federal Fluminense. Advogada.

Resumo – cada vez mais as decisões automatizadas estão presentes no cotidiano, decorrentes do notável avanço tecnológico existente. Nesse contexto, surge o Escore de Crédito, mecanismo amplamente utilizado pelas instituições financeiras no momento de determinar se irão conceder crédito ao consumidor, baseado na análise algorítmica de seus dados pessoais, verificando a probabilidade do inadimplemento. Contudo, muitas vezes esses dados são utilizados de forma indevida, violando direitos de seus titulares. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais vem para regular o tratamento de dados, sendo o objetivo do trabalho analisar suas implicações ao Escore de Crédito, mormente em relação ao direito à revisão e à explicação.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito do Consumidor. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Escore de Crédito. Direito à explicação e à revisão.

Sumário – Introdução. 1. Escore de Crédito: definição e tratamento pela lei e jurisprudência brasileiras. 2. O Direito à Explicação e à Revisão na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 3. A concretização da Lei de Proteção de Dados frente ao Escore de Crédito e à sociedade brasileira. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica trata das novidades trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18), com enfoque no Escore de Crédito, que consiste na técnica utilizada majoritariamente por instituições financeiras para, de forma estatística, avaliar a concessão de crédito a uma pessoa com bases em variáveis predeterminadas.

Como é sabido, a tecnologia já abrange quase a totalidade da vida em sociedade, passando por buscas na internet, mercado de capitais e até mesmo decisões judiciais. Isso é possível, em grande parte, em razão das decisões automatizadas tomadas por algoritmos, que podem ser definidas como aquelas alcançadas por processamento automático de dados, sem a necessidade de intervenção humana. Para tanto, é necessário o fornecimento desses dados, por meio dos quais se chegará ao resultado apresentado por um *software*.

O Brasil, acompanhando a tendência mundial da regulamentação da questão, publicou em agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, sendo o marco regulatório brasileiro de proteção de dados. A LGPD estará em *vacatio legis* por 24 meses, passando a ter eficácia plena em todo território nacional em agosto de 2020.

A nova lei brasileira traz o chamado “direito à explicação”, que se trata do direito do indivíduo em entender como uma decisão automatizada sobre sua pessoa foi tomada. Esse direito poderá ser exercido sempre que a decisão automatizada afetar os interesses pessoais, podendo ser relacionado com o direito à informação, já consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor. Ao lado desse, também é previsto o “direito à revisão”, que representa a possibilidade do prejudicado impugnar a decisão automatizada.

Uma das formas de aplicação de tais direitos diz respeito ao *credit scoring*. A questão já foi discutida pelo STJ que entendeu pela sua licitude e pelo direito do consumidor de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo, sumulado tal entendimento no Enunciado nº 550.

As novidades trazidas pela lei ainda são poucos conhecidas pela população bem como pelos operadores de direito. Por isso, entende-se por bem a antecipação da discussão, de forma a preparar o terreno para os direitos à explicação e à revisão, e a abordagem que lhes será dada pelos agentes públicos e privados.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando como a lei e jurisprudência brasileiras tutelam o Escore de Crédito e o tratamento de dados pessoais atualmente.

O segundo capítulo expõe as novidades trazidas pela LGPD, com enfoque no direito à explicação e à revisão, analisando sua amplitude em relação aos interesses do consumidor.

Finalmente, no terceiro capítulo discute-se sobre as inovações no tratamento do Escore de Crédito com o advento da LGPD, bem como seus impactos e dificuldades diante da concretização na sociedade brasileira.

Com relação às técnicas metodológicas, a pesquisa jurídica se dá com base no método hipotético-dedutivo, analisando preposições hipotéticas com o objetivo de comprová-las ou rejeitá-las. Essas observações são feitas a partir de um conjunto de obras literárias que tragam apoio doutrinário e especializado sobre o tema. Desse modo, o presente trabalho traz uma sólida base bibliográfica.

A abordagem do objeto é qualitativa, se valendo de obras pertinentes à temática, legislação e jurisprudência. Também se observa o tratamento do direito estrangeiro sobre o tema.

Assim, o presente artigo busca conferir ao leitor uma abordagem dinâmica, sem pretensão de esgotamento do tema, sobre as novidades trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, com enfoque no Escore de Crédito e sua concretização na realidade brasileira.

1. ESCORE DE CRÉDITO: DEFINIÇÃO E TRATAMENTO PELA LEI E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

Inicialmente, se faz necessário explicar no que consiste o Escore de Crédito. O método tem origem no direito norte-americano, a partir de um trabalho elaborado por David Durand, no ano 1941, em que desenvolveu uma técnica estatística para se distinguir entre os bons e maus empréstimos, atribuindo-se pesos diferentes para cada uma das variáveis presentes, que foi denominado *credit scoring*¹.

Apenas na década de sessenta passou a ser amplamente utilizado nos Estados Unidos, nas operações de crédito ao consumidor, especialmente nas concessões de cartão de crédito. Já no Brasil, a preocupação com o risco do crédito incrementa-se a partir de 1994, no contexto do controle da inflação ensejado pelo Plano Real e da ampliação do crédito concedido para as pessoas físicas².

De forma resumida, seu objetivo é, através dos dados dos consumidores, atribuir-lhes uma pontuação, de forma a verificar a probabilidade do inadimplemento. No *credit scoring* ou *credscore*, aquele que está pedindo o crédito é avaliado por meio de fórmulas matemáticas nas quais são consideradas variáveis como idade, sexo, estado civil, profissão, renda, número de dependentes, endereço, histórico de outros créditos que pediu etc.³

A decisão automatizada só se torna possível por meio da disponibilização de dados pessoais aos programas responsáveis pelo processamento. Ocorre que tais informações nem sempre serão compatíveis com as esferas da privacidade e intimidade do cidadão. Por isso, existe a necessidade de proteger os dados pessoais dos consumidores quando se constatam os riscos envolvidos na coleta de dados das mais diversas esferas de privacidade, com ou sem o consentimento desses, para utilização com fins estatísticos que sequer foram imaginados pelos usuários⁴.

Nesse sentido, preleciona Oliva⁵, em relação ao chamado sistema *Score*:

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.419.697/RS*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Publicado no DOU em 17/11/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/acordaos/>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

² *Ibid.*

³ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *O “credit scoring” é prática comercial lícita*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/01/o-credit-scoring-e-pratica-comercial.html>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

⁴ OLIVA, Afonso Carvalho De. *O direito fundamental à proteção dos dados pessoais do consumidor brasileiro: do código de defesa do consumidor ao caso “score”*. Aracaju: UNIT, 2016, p. 39.

⁵ *Ibid.*, p. 40.

ocorre que esse sistema se utiliza de uma série de dados sem que o consumidor tome conhecimento ou seja consultado. Muitas vezes, existe o acesso a dados ligados às esferas da intimidade ou mesmo do segredo, por meio de compartilhamento de informações com parceiros terceiros, o que pode levar o consumidor, desavisado, a ser punido com um *Score* baixo em razão de um comportamento que sequer deveria ser público, ou mesmo por conta de um exercício regular de seu direito, como no caso do uso de informações sobre a existência de ações revisionais ou de busca e apreensão movidas pelo consumidor cujos dados foram consultados.

No que toca à legislação que trata da proteção dos dados pessoais nas relações de consumo, temos uma tríade formada, inicialmente, pelo Código de Defesa do Consumidor⁶, sendo a primeira a efetivamente normatizar a matéria para as relações de consumo; seguida da Lei do Cadastro Positivo – Lei nº 12.414/11⁷, que é responsável por traçar maiores diretrizes para a criação, manutenção e uso de dados com informações pessoais de consumo; e, por fim, o Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/14⁸, que aborda o tratamento apresentado para o armazenamento de dados pessoais de usuários de serviços de internet no Brasil⁹.

Ressalte-se que a última ensejou uma maior discussão sobre o tema em questão, o que resultou em uma consulta pública para a elaboração de projeto de lei específico de proteção de dados, resultando na LGPD – Lei nº 13.709/18¹⁰, que ainda se encontra em *vacatio legis* e cujas novidades serão abordadas nos próximos tópicos desta pesquisa.

Em relação ao tratamento jurisprudencial dado ao tema, o principal julgado que abordou a matéria foi do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.419.697/RS¹¹, julgado em 12 de novembro de 2014, de relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, questionado no referido Recurso Especial, decidira pela abusividade da prática comercial do *credit scoring*, por entender se tratar de uma forma de burlar direitos fundamentais, afrontando toda a sistemática protetiva do consumidor, que se sobrepõe à proteção do crédito. De acordo com a decisão, a falta de transparência e de clareza desta ferramenta é incompatível com os mais comezinhos

⁶ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

⁷ BRASIL. *Lei nº 12.414*, de 9 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

⁸ BRASIL. *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: 06 abr. 2019.

⁹ OLIVA, op. cit., p. 63.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

direitos do consumidor, restando frustrada a legítima expectativa de ter acesso aos seus dados e as explicações sobre a negativa de crédito, sendo cabíveis danos morais¹².

No entanto, a decisão não foi mantida pelo STJ, que entendeu pela licitude do *credit scoring*. Em razão da sua afetação ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973¹³, vigente à época, foram editadas as seguintes teses:

- 1) O sistema “credit scoring” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito).
- 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo).
- 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011.
- 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.
- 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consultante (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.¹⁴

O fundamento utilizado pelo STJ no sentido da licitude do *credit scoring* foi a autorização da prática pela Lei nº 12.414/11¹⁵ (lei do cadastro positivo), em seus artigos 5º, inciso IV e 7º, inciso I. Esses dispõem que é direito do cadastrado conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise do risco, resguardado o segredo empresarial, bem como que as informações disponibilizadas nos bancos de dados poderão ser utilizadas para realização de análise de risco de crédito do cadastrado.

A fim de sedimentar as conclusões atingidas no desfecho do recurso especial, o STJ editou em sua Súmula o enunciado 550, que apresenta a seguinte dicção:

A utilização do escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o

¹² OLIVA, Afonso Carvalho De; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *A Proteção dos dados pessoais dos consumidores brasileiros após a Súmula nº 550 do Superior Tribunal de Justiça*. Diálogo entre Juízes: Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável, 2017, p. 109-110.

¹³ BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 7.

direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fonte dos dados considerados no respectivo cálculo.¹⁶

Em 24 de fevereiro de 2017, com o intuito de orientar a aplicação do REsp nº 1.419.697/RS¹⁷ e da Súmula nº 550¹⁸, o STJ definiu, através do REsp nº 1.304.736/RS¹⁹, quais os critérios para a configuração do interesse de agir para a busca das informações garantidas, sendo eles: (i) a existência de um requerimento administrativo para acesso aos dados valorativos; e, (ii) que a recusa do crédito almejado teve como fundamento a pontuação atribuída ao consumidor no sistema “Score”.

Diante das conclusões da jurisprudência apresentadas sobre o tema, Oliva²⁰ defende que houve severa violação à proteção dos consumidores brasileiros. Afirma o autor que ao reconhecer a legalidade de um sistema que usa dados de consumidores sem que estes tenham prévio conhecimento deste fato e com o objetivo de lucro, transforma o consumidor em mercadoria.

A falta da prévia informação levaria, ainda, a uma segunda violação, consistente no fato de que as empresas operadoras de sistemas de *credit scoring* não possuem a menor responsabilidade pela legalidade dos dados consultados, uma vez que, informando ao consumidor a fonte de dados, caberá a este buscar a verificação de sua legalidade, o que consiste em total excludente de responsabilidade para o mantenedor do sistema²¹.

Resta evidenciado que a legislação e jurisprudência existentes, diante da complexidade da matéria em questão, não são suficientes para sua regulação. Dessa forma, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais²² se mostra essencial para aperfeiçoar o tratamento dado ao Escore de Crédito, cujo conteúdo será pormenorizado no seguinte capítulo.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 550*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%20550\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%20550).sub.)>. Acesso em: 06 abr. 2019.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 15.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.304.736/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado no DOU em 30/03/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/acordaos/>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

²⁰ OLIVA, op. cit., 2017, p. 118.

²¹ Ibid.

²² BRASIL, op. cit., nota 10.

2. O DIREITO À EXPLICAÇÃO E À REVISÃO NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A Lei nº 13.709/18²³ conceitua algumas expressões, cuja exposição se mostra imprescindível para a compreensão do presente capítulo. Inicialmente, logo em seu artigo 5º, inciso I, define dado pessoal como “informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. Já os dados pessoais sensíveis, definidos no inciso II, são aqueles vinculados a uma pessoa natural que se referem à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação sindical ou organização de caráter religioso, filosófico ou político, bem como os dados referentes à saúde, vida sexual, genéticos ou biométricos. Como se observa, a LGPD²⁴ não se aplica a dados de pessoas jurídicas.²⁵

Nesse âmbito, ganham importância os direitos da personalidade relacionados à preservação da integridade moral, previstos nos artigos 16 a 20 do Código Civil²⁶, que garantem o direito dos indivíduos não terem sua imagem, honra e moral expostas, mercantilizadas ou caluniadas. Ressalte-se que a Constituição de 1988²⁷ trata os direitos da personalidade como fundamentais, gozando de aplicabilidade imediata e sendo indispensáveis à dignidade da pessoa humana²⁸.

No inciso IV, a LGPD²⁹ conceitua banco de dados de forma bastante genérica, abrangendo todo e qualquer conjunto estruturado que reúna tais informações. Na mesma esteira, o inciso X considera tratamento de dados praticamente toda e qualquer atividade realizada com base nesses, desde a coleta das informações, passando pelo seu armazenamento, processo, utilização para quaisquer finalidades, até sua destruição e exclusão. Já os agentes de tratamento são aqueles responsáveis pela manipulação dos dados, abrangendo o operador e o controlador.³⁰

Feitas tais considerações preliminares, a lei prevê que tanto para os dados pessoais *lato sensu*, como para os dados pessoais sensíveis, o tratamento só poderá ocorrer dentro de

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. Disposições preliminares. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani (Coord.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei 13.709/2018*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 18.

²⁶ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

²⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

²⁸ SIQUEIRA, op. cit., p. 21.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 10.

³⁰ SIQUEIRA, op. cit., p. 23.

algumas hipóteses, elencadas no art. 7º e 11, respectivamente. Para ambas as espécies, a primeira hipótese é o consentimento do titular.

Como a regulação de dados se fez necessária a nível mundial, no cenário estrangeiro tem-se o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia 2016/679 (GDPR)³¹, que em muito auxilia a compreensão da LGPD³² através de uma análise de Direito Comparado. Assim como na GDPR³³, o consentimento do titular é um dos grandes pilares da lei brasileira de proteção de dados. Conforme definição do artigo 5º, inciso XII, da LGPD³⁴, a concordância pelo tratamento deve se dar por meio de manifestação livre, informada, inequívoca e para uma finalidade determinada.

Isso porque o consentimento é o meio que o titular tem para determinar o nível de proteção e fluxo dos seus dados. Dependendo da forma e técnica com que os dados são processados, poderão ser criados riscos à sua privacidade. Dessa forma, o consentimento pode ser visto como uma forma de legitimar a técnica a ser utilizada.³⁵

Importa ressaltar que o consentimento é dispensado para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, o que não isenta os agentes de tratamento da observância das demais obrigações previstas na lei, mormente em relação aos princípios e direitos do titular, conforme prevê o artigo 7º, em seus parágrafos 4º e 6º.

O consentimento também se coaduna com os princípios previstos no artigo 6º da lei, dentre eles, os Princípios da Finalidade, Adequação, Necessidade, Livre Acesso, Qualidade de Dados e Transparência.

Em relação aos três primeiros, esses dizem respeito à compatibilidade entre a finalidade autorizada pelo titular para o uso dos dados e o efetivo tratamento concedido pelos agentes. Isso porque, não obstante o consentimento, esses dados não poderão ser utilizados de forma irrestrita pelos agentes. Seu uso deve guardar conformidade com a finalidade autorizada pelo titular, dando-se tratamento pertinente, proporcional e não excessivo.³⁶

No que toca aos três últimos princípios mencionados, são também congruentes com outros diplomas legais, como o Código de Defesa do Consumidor, que consagrou o direito à informação. Nessa mesma linha, o Princípio do Livre Acesso garante aos titulares a consulta

³¹ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*. General Data Protection Regulation. Disponível em: <<https://gdpr-info.eu/>>. Acesso em 01 jul. 2019.

³² BRASIL, op. cit., nota 10.

³³ UNIÃO EUROPEIA, op. cit., nota 31.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 10.

³⁵ CARNEIRO, Isabelle da Nóbrega Rito; SILVA, Luiza Caldeira Leite; TABACH, Danielle. Tratamento de dados pessoais. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani (Coord.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei 13.709/2018*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 60-61.

³⁶ Ibid, p. 28-34.

facilitada e gratuita sobre a forma e duração do tratamento, bem como sobre a integralidade dos seus dados pessoais. Por sua vez, o Princípio da Qualidade dos Dados garante a exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados fornecidos. Por fim, o Princípio da Transparência prevê a garantia do titular de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre o tratamento e seus respectivos agentes.

O Capítulo III da LGPD³⁷ se dedica especificamente aos direitos do titular, e uma das formas de concretização dos princípios elencados consiste no direito à revisão e no direito à explicação. São eles previstos no artigo 20 e parágrafos, que contam com a seguinte dicção:

Art. 20, LGPD. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

§ 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

O *caput* do artigo faz um paralelo com o artigo 22º, (3), do GDPR³⁸, que determina que o titular pode pedir a revisão da decisão por um humano a fim de que ele esboce sua opinião, podendo referendá-la ou ajustar eventuais erros. A própria Lei do Cadastro Positivo³⁹ trazia a previsão, em seu artigo 5º, VI, que aquele que optasse por inserir suas informações em bancos de dados poderia obter revisão das decisões automatizadas realizada por um funcionário da instituição financeira.

Nessa seara, já se discute na doutrina estrangeira a existência do direito à intervenção humana, que seria imprescindível para manter a dignidade do usuário, mas ao mesmo tempo poderia vir a contaminar as decisões por vieses humanos.

A Medida Provisória nº 869/2018⁴⁰, convertida na Lei nº 13.853/2019⁴¹, contudo, foi responsável por excluir o trecho “por pessoa natural” da redação original do artigo 20, afastando nossa legislação da GDPR⁴² nesse sentido. Não há qualquer justificativa nos documentos oficiais da medida para a exclusão, de forma que se questiona se próprio direito à

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 10.

³⁸ UNIÃO EUROPEIA, op. cit., nota 31.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 7.

⁴⁰ BRASIL. *Medida Provisória 869, de 27 de dezembro de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

⁴¹ BRASIL. *Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art1>. Acesso em: 19 set. 2019.

⁴² UNIÃO EUROPEIA, op. cit., nota 31.

revisão teria perdido sua eficácia. No entanto, não tendo sido explicitada na legislação qual seria a outra forma de revisão que não a feita por humanos, não há como afastar essa possibilidade.⁴³

Não obstante possa ter ocorrido uma fragilização do dispositivo, que passou a contar com redação menos clara, pela sua interpretação ainda é possível que o titular demande por uma revisão efetiva da decisão automatizada, seja ela feita por humano ou qualquer outro meio que se mostre hábil a reformá-la. Isso porque não há sentido em um dispositivo que assegure o direito a revisão se, inevitavelmente, a conclusão seria a mesma.

Já o direito à explicação, trazido nos parágrafos do artigo 20, surge da necessidade de resolver o problema da opacidade das decisões automatizadas, remediando os efeitos prejudiciais que suas falhas podem ocasionar. Os dois direitos se relacionam na medida em que não é possível exigir uma revisão de determinada matéria, sem entender quais motivos levaram àquela conclusão.

Portanto, o que aqui se objetiva é entender as razões e justificativas que levaram a decisão automatizada em um dado sentido. Segundo Doshi-Velez e Kortz⁴⁴, a decisão será considerada explicada uma vez respondida, ao menos, uma das seguintes perguntas: (i) Quais são os principais fatores que levaram à decisão? (ii) Alterar algum dos fatores determinantes mudaria a decisão? (iii) Por que casos semelhantes tiveram decisões diferentes e vice-versa?

Como exposto no capítulo anterior, a Lei do Cadastro Positivo⁴⁵ não se mostrou suficiente para a regulação do tema, sendo nela baseada a atual posição do STJ sobre o *credit scoring*. Já a LGDP⁴⁶ dá uma amplitude muito maior ao direito à explicação, alcançando não só esse tema mas praticamente todas as decisões automatizadas e de perfilamento.

O que a nova lei prevê é a possibilidade de obter revisão e, conseqüentemente, exigir informação, sempre que o tratamento automatizado dos dados afete seus interesses, devendo o controlador fornecê-la de forma clara e adequada no que toca os critérios e procedimentos utilizados. Não será tarefa fácil restringir em quais ocasiões o direito terá lugar, uma vez que raras as vezes que as decisões não afetam os interesses do titular do direito.

⁴³ BECKER, Daniel; RODRIGUES, Roberta de Brito. Direitos do titular. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani (Coord.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei 13.709/2018*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 127-128.

⁴⁴ DOSHI-VELEZ, Finale; KORTZ, Manson. *Accountability of AI under the law: the role of explanation*. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/34372584/2017-11_aiexplainability-1.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 23 ago. 2019.

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 7.

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 10.

Em um cenário de incertezas frente a essas novidades, será árduo o processo de concretização de tais direitos na nossa sociedade. Os operadores do Direito terão que definir e interpretar o alcance desses dispositivos, enquanto os prestadores de serviços deverão se adequar na prática aos preceitos da lei, sob pena de serem responsabilizados.

3. A CONCRETIZAÇÃO DA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS FRENTE AO ESCORE DE CRÉDITO E À SOCIEDADE BRASILEIRA

Como exposto no primeiro capítulo, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o uso de dados pessoais no Escore de Crédito, entendeu ser desnecessário o consentimento do titular, ressalvando apenas a possibilidade de solicitar esclarecimentos sobre as informações e fontes dos dados utilizados no cálculo.

Ademais, restringiu a solicitação dos esclarecimentos a quando houver interesse de agir, que se configura pela demonstração da existência de requerimento administrativo prévio, bem como pela recusa da instituição financeira em conceder o crédito desejado.

Por sua vez, a LGPD⁴⁷ traz proteção muito mais ampla. Em primeiro lugar, consagra os direitos à explicação e revisão, que poderão ser alegados sempre que o tratamento de dados afete o interesse de seu titular, sem delimitar quando isso teria lugar.

Em segundo lugar, traz o consentimento como um de seus grandes pilares, sendo a primeira hipótese em que o artigo 7º autoriza o tratamento de dados pessoais. Contudo, não é a única, havendo outros incisos que poderiam ser interpretados de forma a autorizar esse tratamento no caso do Escore de Crédito, ainda que ausente o consentimento.

As instituições financeiras poderiam argumentar que o Escore de Crédito se enquadra na hipótese do inciso V, que dispõe que o tratamento de dados será autorizado quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a seu pedido; ou ainda, para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente, conforme inciso X.

Contudo, nenhuma dessas hipóteses nos parece adequar-se ao Escore de Crédito, de forma que, no seu caso, o consentimento se mostraria imprescindível. Isso porque, em relação à execução do contrato, do inciso V, essa hipótese se compara ao artigo 6º, I, “a” do GDPR⁴⁸ e entende-se que a referida situação pauta-se na liberdade contratual, que, envolve a autonomia da vontade e dos negócios jurídicos privados, assim como pelo consensualismo

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 10.

⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 27.

livre e informado pelas partes, permite que, diante a execução de contratos válidos, o tratamento dos dados seja realizado independente de reiterada validação.⁴⁹

Apesar de a concessão de crédito também se perfazer com o contrato, o que esse inciso mormente objetiva é atingir os negócios jurídicos estabelecidos no âmbito do *e-commerce*. Esses são estipulados pelos termos de uso e políticas de privacidade, entre a comunidade digital e seus usuários, em que se substitui a tradicional assinatura em papel por um clique no *checkbox*, em um *link* ou via formulário *online*.⁵⁰

Ademais, ainda que esse caso pudesse ser considerado para o Escore de Crédito, não há aqui imprescindibilidade do consentimento, mas tão somente autorização para que termo de uso seja levado ao conhecimento do usuário. Esse, então, manifesta a sua vontade em aceitar o tratamento de seus dados ao vincular-se às previsões dispostas no instrumento.

Já no que toca à proteção de crédito, prevista no inciso X, se refere ao tratamento de dados por órgãos de proteção de crédito, como SPC e Serasa, que poderiam coletar, utilizar e compartilhar dados pessoais sem o consentimento do titular.

Nesse sentido, o STJ no Recurso Especial nº 1.243.887/PR⁵¹ entendeu que é abusiva e ilegal cláusula prevista no contrato de cartão de crédito que autoriza o compartilhamento de dados dos consumidores com outras entidades financeiras ou mantenedoras de cadastros positivos e negativos de consumidores, sem que seja dada opção de discordar daquele compartilhamento. Contudo, ressalta que essa abusividade não se estende, por óbvio, à inscrição de nome e CPF de eventuais devedores em cadastros negativos de consumidores (SPC, Serasa, entre outros), por inadimplência, uma vez que essa providência encontra amparo nos artigos 43 e 44 do Código de Defesa do Consumidor⁵².

Assim, o entendimento mais adequado é que o tratamento dos dados pelo Sistema Escore não se enquadre como hipótese de proteção de crédito. Isso porque o que o inciso X pretende é dispensar o consentimento para as entidades que promovem os cadastros negativos de consumidores com amparo legal, assegurando ao comerciante uma maior garantia de que haverá adimplência do negócio celebrado.

Portanto, a nova lei não impede que a instituição financeira negative o nome daqueles consumidores inadimplentes, mas tão somente que realize o tratamento dos seus dados, para decidir sobre a concessão ou não de crédito, sem o devido consentimento.

⁴⁹ CARNEIRO, op. cit., p. 67-68.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.243.887/PR*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado no DOU em 12/12/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/acordaos/>>. Acesso em: 06 set. 2019.

⁵² BRASIL, op. cit., nota 6.

Pelo exposto, a LGDP⁵³, através da consagração de princípios de Transparência, Qualidade de Dados, Finalidade, como os demais citados no capítulo anterior, reforça e muito a proteção da privacidade do indivíduo. Dessa forma, os Tribunais terão que rever a interpretação no que toca ao Escore de Crédito com o advento da normativa, principalmente em relação ao consentimento, direito à explicação e direito à revisão.

Contudo, isso não significa que a LGDP⁵⁴ não trará qualquer efeito colateral, sendo necessário tecer algumas críticas.

Conforme leciona Becker⁵⁵, a mencionada lei foi inspirada no GDPR⁵⁶ de 2015, porém, nossa versão da normativa foi publicada às pressas em 2018. Já o regulamento europeu é uma versão atualizada da Diretiva Europeia de Proteção de Dados Pessoais de 1995, sendo uma legislação robusta que possui 99 artigos e 173 considerandos introdutórios, fruto de uma longa maturação jurídica e social, com caráter principiológico em função da pluralidade de sistemas legais por ele tutelados.

Sua interpretação se dá por acadêmicos, autoridades de proteção de dados de cada país-membro, um comitê comunitário, uma comissão de justiça e um grupo permanente de estudos sobre o regulamento, que produzem material para auxiliar os aplicadores da legislação.⁵⁷

Por sua vez, a nova lei brasileira transformou às pressas e sem a devida adequação todo o emaranhado europeu em 65 artigos de natureza vaga e principiológica. É possível observar a imprecisão da normativa diante dos conceitos aqui expostos, como, por exemplo, ao garantir o direito à explicação e à revisão sempre que o tratamento de dados afete o interesse de seu titular.

Ainda de acordo com o mencionado especialista, a autoridade brasileira de proteção de dados nasce sem orçamento, sendo um órgão vinculado ao gabinete da Presidência e com responsabilidade de fiscalizar todos os setores da indústria, sem distinção. Dessa forma, sua fiscalização recairá desde o *Google* até a padaria do Seu José.

Ademais, a um ano do fim da *vacatio legis*, ainda não foi produzida sequer uma linha de regulamentação técnica sobre as suas imprecisas disposições, não obstante tenha alçada

⁵³ BRASIL, op. cit., nota 10.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ BECKER, Daniel. *LGPD e castigo*. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/6406383/lgpd-e-castigo>>. Acesso em: 06 set. 2019.

⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 27.

⁵⁷ BECKER, op.cit., 2019.

para aplicar multas de 2% do faturamento bruto, que podem chegar até cinquenta milhões de reais.⁵⁸

Assim, tratando-se de uma lei vaga e imprecisa, que traz garantias muito abrangentes ao consumidor, não havendo em contrapartida qualquer regulação sobre seus limites, possui um grande potencial de se tornar uma inimiga da inovação, tecnologia, empreendedorismo e desenvolvimento social.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento tecnológico é responsável por constantemente trazer grandes mudanças nas nossas relações interpessoais, cabendo ao Direito acompanhar tantas novidades que surgem pelo caminho. O uso dos algoritmos permite, cada vez mais, a substituição de uma análise humana por uma análise automatizada, contexto no qual se insere o Escore de Crédito.

Contudo, nem sempre uma decisão automatizada está correta, pois se baseia nos dados fornecidos que, por sua vez, podem apresentar distorções. Assim, de forma a regular o tratamento desses dados e as decisões que advém deles, foi introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro a Lei Geral de Proteção de Dados.

Essa lei promete trazer profundas modificações no que tange o tratamento de dados no Escore de Crédito, já que prevê garantias muito mais abrangentes ao titular dos dados do que é prestado atualmente pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, baseado nas leis vigentes. Isso porque a LGPD tem como um dos pilares o consentimento e, ainda, prevê os direitos à revisão e à explicação sempre que o tratamento de dados afete o interesse de seu titular.

A normativa trará benefícios aos consumidores, que muitas vezes têm seus direitos violados perante a instituição financeira em razão do uso indevido de seus dados, resultando na denegação do crédito perquirido. Por outro lado, a lei possui alto nível de abstração e até o momento presente carece de regulação pelos órgãos responsáveis, o que poderá acarretar grave insegurança jurídica, prejudicando a inovação, tecnologia, empreendedorismo e desenvolvimento social.

Assim, diante da potencialidade que a lei apresenta tanto para o bem como para o mal, se faz necessário o aprofundamento na sua discussão, principalmente por meio da

⁵⁸ Ibid.



regulação dos órgãos estatais. Isso porque, apesar de configurar um avanço, ainda se apresenta insuficiente diante da diversidade de setores que se propõe a regular, sem considerar suas peculiaridades.

REFERÊNCIAS

BECKER, Daniel. *LGPD e castigo*. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/6406383/lgpd-e-castigo>>. Acesso em: 06 set. 2019.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

_____. *Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 07 mar. 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: 06 abr. 2019.

_____. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13709-14-agosto-2018-787077-publicacaooriginal-156212-pl.html>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. *Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art1>. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. *Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm>. Acesso em: 23 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.243.887/PR*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado no DOU em 12/12/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/acordaos/>>. Acesso em: 06 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1.419.697/RS*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Publicado no DOU em 17/11/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/acordaos/>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.304.736/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado no DOU em 30/03/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/acordaos/>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 550*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%20550\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%20550).sub.)>. Acesso em: 06 abr. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *O “credit scoring” é prática comercial lícita*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/01/o-credit-scoring-e-pratica-comercial.html>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

DOSHI-VELEZ, Finale; KORTZ, Manson. *Accountability of AI under the law: the role of explanation*. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/34372584/2017-11_aiexplainability-1.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 23 ago. 2019.

FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani (Coord.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei 13.709/2018*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

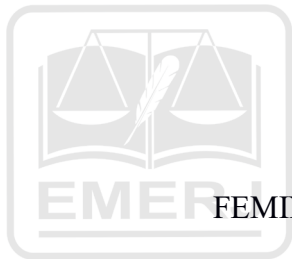
FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. *O Direito à Explicação sobre decisões automatizadas: Uma análise comparativa entre União Europeia e Brasil*. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 1, 2018.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrium ex machina: panorama, risco e a necessidade de regulação das decisões formadas por algoritmos*. *Revista dos Tribunais*, v. 995, set. 2018

OLIVA, Afonso Carvalho de. *O direito fundamental à proteção dos dados pessoais do consumidor brasileiro: do código de defesa do consumidor ao caso “score”*. Aracaju: UNIT, 2016.

OLIVA, Afonso Carvalho de; PESSOA; Flávia Moreira Guimarães. *A Proteção dos dados pessoais dos consumidores brasileiros após a Súmula n° 550 do Superior Tribunal de Justiça*. *Diálogo entre Juízes: Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável*, 2018.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*. General Data Protection Regulation. Disponível em: <<https://gdpr-info.eu/>>. Acesso em 01 jul. 2019.



FEMINICÍDIO: A NATUREZA OBJETIVA DA QUALIFICADORA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO À MULHER

Tatiana Hilário da Rocha dos Santos

Graduada pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Advogada.

Resumo – têm-se que o Brasil enfrenta uma das maiores taxas de assassinato de mulheres em razão da condição de ser mulher do mundo. Tal cenário é oriundo de uma sociedade patriarcal e machista que subjugou as mulheres a uma condição aquém da dignidade humana conferida pela Constituição da República a todos os cidadãos. O Femicídio foi inserido no Código Penal como uma qualificadora do crime de homicídio e um meio de coibir o assassinato de mulheres em razão do gênero. Hoje perdura, academicamente e jurisprudencialmente, a divergência quanto a qualificadora e seu cunho objetivo ou subjetivo. O cerne do trabalho é abordar essas divergências e verificar qual a melhor posição no que tange à defesa da mulher contra os crimes decorrentes da violência de gênero.

Palavras-chave – Direito Penal. Femicídio. Direito da Mulher. Violência Doméstica. Violência de Gênero.

Sumário – Introdução. 1. Breve construção histórica da desigualdade da mulher na sociedade como fator preponderante para situação de vulnerabilidade vivida nos dias atuais. 2. Análise da qualificadora do femicídio, as consequências e extensão de sua aplicação. 3. A natureza objetiva da qualificadora do femicídio como forma de tutela à mulher e divergências. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a natureza da qualificadora do Femicídio, haja vista que é tema controverso na doutrina e na jurisprudência, além de ser de suma relevância no cenário jurídico-brasileiro atual. O cerne da discussão é defender a natureza de ordem objetiva como instrumento de tutela à mulher em situação de violência.

O Brasil hoje está entre os países com o maior número de mulheres assassinadas em razão da condição de ser mulher no mundo. O Femicídio, ou seja, o assassinato de mulheres não apenas por serem mulheres, mas pela discriminação à condição de mulher, tem como principais motivações o ódio, o ciúme e a perda do controle antes exercido pelo homem sobre a mulher.

Em razão disso, o ordenamento jurídico brasileiro e a comunidade internacional vêm evoluindo e criando mecanismos para coibir toda e quaisquer formas de situação que coloque a mulher em situação de vulnerabilidade e violência.

Por conseguinte, em 2006, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) surgiu como precursora na proteção aos direitos das mulheres, trazendo em seu bojo diversas medidas protetivas a fim de coibir a violência no âmbito doméstico e familiar.

Outrossim, em 2015 o Brasil sancionou a Lei nº 13.104, que incluiu no texto penal, a qualificadora do Femicídio como instrumento de tutela e controle ao número de assassinatos de mulheres, elevando assim a pena mínima de 6 (seis) anos para 12(doze) anos e a pena máxima de 12 (doze) anos para 30 (trinta) anos de reclusão.

A alteração legislativa trouxe discussões controvertidas no seio da doutrina e também na jurisprudência, como por exemplo, parte da doutrina defende a natureza subjetiva da qualificadora e, outra parte, defende a natureza objetiva.

Bem como na jurisprudência, o tema ainda não está consolidado, mas começa a se delimitar, com decisões em alguns tribunais a respeito.

Em razão da divergência, busca-se no presente trabalho defender a natureza objetiva da qualificadora como instrumento de proteção à mulher, haja vista que se entendido de forma diferente perde-se o intuito do legislador de proteger de forma mais ampla a mulher em situação de vulnerabilidade.

Para tanto, no capítulo inicial, será abordado de forma geral, a evolução dos direitos das mulheres na sociedade, trazendo uma breve construção histórica da mulher e seu papel na sociedade patriarcal, bem como a mudança do papel da mulher na sociedade nos dias atuais.

No segundo capítulo será abordado o conceito de feminicídio e dados quanto a prática do crime no Brasil demonstrando as soluções legislativas adotadas para o coibir a prática do crime, em especial, a discussão doutrinária e jurisprudencial quanto a natureza da qualificadora do Femicídio e suas consequências no âmbito de proteção da mulher vítima de violência de gênero.

Por fim, no terceiro capítulo, procura-se defender que a melhor análise é a consideração da natureza objetiva da qualificadora do Femicídio, permitindo, portanto, a compatibilidade na aplicação das demais qualificadoras de natureza subjetiva como forma de punição mais rigorosa do crime cometido contra a mulher em razão da condição de ser mulher.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. No presente trabalho o pesquisador trará dados atuais que fundamentam o objeto da pesquisa, bem como trará proposições hipotéticas que acredita ser viável para o discutir a problemática em questão, comprovando-a ou rejeitando-a argumentativamente.



Destarte, a abordagem será necessariamente qualitativa, portanto, com análise da bibliografia pertinente ao tema objeto da pesquisa, legislação, doutrina e jurisprudência acerca do tema para sustentar a sua tese.

1. BREVE CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA DESIGUALDADE DA MULHER NA SOCIEDADE COMO FATOR PREPONDERANTE PARA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE VIVIDA NOS DIAS ATUAIS

É cediço, que nos tempos modernos, a mulher tem um papel fundamental na sociedade para além daquele que lhe foi subjugado como o ideal no passado,

Para alcançar o lugar que ocupa hoje – embora ainda longe do ideal – a mulher enfrentou situações de desigualdade social, política e econômica que repercutem até hoje na forma como ela ocupa o papel na sociedade patriarcal.

Ressalta-se, em primeiro lugar, que a desigualdade da mulher na sociedade é tão antiga quanto a existência do homem. Interessante pensar que a desigualdade, hoje entendida como tal, há séculos não era vista como desigualdade, mas como algo normal e até mesmo divino, visto que para muitos, Deus criou primeiro o homem e só após a mulher.

Esse papel secundário da mulher se desenvolveu em tudo que ela realizava, em todos os meios vividos, a colocando como um ser inferior socialmente, fisicamente e intelectualmente.

A mulher não tinha direito à educação, ao conhecimento, sequer aprendia a ler. Seu corpo não era seu corpo e sim do seu marido. A mulher foi treinada para se dedicar ao lar, ser recatada e cuidar dos filhos, sendo inclusive permitido castigos físicos por parte de seu marido como forma de repúdio aos seus atos. Socialmente ela era rebaixada, politicamente anulada e economicamente dependente.

Aristóteles¹, afirmava que a mulher era o que era em virtude de uma deficiência, devendo ser subordinada ao homem. Diferente do homem, que exercia o pátrio poder e vivia em condições de privilégio e superioridade.

Essa superioridade masculina e a desigualdade sociocultural experimentada pela mulher na sociedade por tantos anos é a razão da discriminação feminina existente nos dias atuais. Isso ocorre porque a sociedade ainda acredita na falácia de que o homem é um ser superior² e, portanto, a mulher deve se subjugar de forma irracional.

¹ARISTÓTELES apud. BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1980, p.10.

²DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha na justiça*. São Paulo: RT, 2013, p.19.

O homem como um ser viril era visto como proprietário do corpo da mulher e da sua vontade. A dominação que ele sempre exerceu, não cessou com a proibição aos castigos físicos, apenas tornou os castigos clandestinos e aumentou a opressão psicológica experimentada pela mulher.

Legalmente não era mais permitido castigar a esposa, mas cotidianamente essa era a realidade de inúmeras mulheres que suportavam – e suportam – em seus corpos o castigo imposto pelo homem pelos seus erros.

A violência exercida pelo homem contra a mulher é histórica e sempre foi naturalizada. A sociedade criou o jargão “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”, anulando ainda mais a mulher e a jogando num poço profundo, sem muitas expectativas de acolhimento e socorro.

Importante destacar que o termo violência, não se resume a forma física, mas também psicológica, sexual, patrimonial e moral. Tendo em vista que a violência física no âmbito doméstico é o objeto de estudo do presente artigo, será explanado com mais ênfase esse ponto em especial.

Nesse contexto de submissão, surge a violência, como a forma encontrada pelo homem de cessar os pontos divergentes ao cumprimento do papel tido como ideal do gênero.

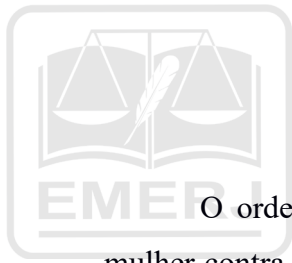
Essa violência física, por vezes materializada por um ciclo sem fim, tem consequências psicológicas terríveis para a mulher.

Abordando de forma genérica o ciclo da violência, ele torna a mulher escrava, ela não encontra saída, senão se subjugar ao seu opressor. O homem, seu agressor, promete melhoras, se mantém calmo e parece ser outra pessoa, quando então tudo desmorona com mais uma agressão, mais uma humilhação.

Dessa forma, segue a mulher, vivendo em um ciclo sem fim de agressão e perdão. Assim, ocorre com inúmeras mulheres, isso quando a violência não chega ao ponto de alcançar seu bem mais precioso: a vida.

O feminicídio, reconhecido como tal no Brasil, foi promulgado pela Lei nº. 13.104/2015³, como resultado de luta pelo reconhecimento do fato social enraizado na sociedade, qual seja, matar mulher em razão do gênero, como resultado dessa dominação exercida pelo homem sobre a mulher.

³BRASIL. *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: 11 mar. 2019.



O ordenamento jurídico pátrio não era suficiente para garantir a proteção devida à mulher contra toda violência suportada por séculos. A morte violenta de mulheres hoje é um dos principais problemas enfrentados no Brasil em termos de crime.

A principal motivação desses crimes são o ódio ou o sentimento de perda de controle e de propriedade sobre as mulheres, afirma estudo sobre feminicídio no Brasil⁴, o que corrobora com a afirmativa que o papel de dominação do homem opressor exercido sobre a mulher e as questões de desigualdade enraizados na sociedade patriarcal, tornaram a mulher vítima de um crime bárbaro que cresce com uma epidemia mundial.

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro se esforça para criar mecanismos para coibir toda e qualquer violência contra a mulher.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06)⁵ e a qualificadora do feminicídio, no crime de homicídio, previsto no Código Penal, foram importantes marcos na tutela da mulher contra situação de violência e vulnerabilidade vivida por ela na sociedade.

Com a promulgação de leis o Estado cumpre seu papel de tentar reprimir com a aplicação efetiva a situação de violência de gênero.

Embora a qualificadora do feminicídio seja objeto de muito debate e crítica por grande parte dos doutrinadores, o direito segue em busca de uma forma de coibir a prática desse crime tão cruel e a aplicação da forma objetiva dessa qualificadora, conforme será debatido no presente trabalho, é um dos meios eficazes de punição a prática do feminicídio.

2. ANÁLISE DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO, AS CONSEQUÊNCIAS E EXTENSÃO DE SUA APLICAÇÃO

No Brasil, a morte de mulheres, por serem mulheres, entre 1980 e 2013 foram de aproximadamente 106.093⁶ e esse número só cresceu nos últimos anos, visto que entre 2007 e 2017 foi verificado um aumento 30,7% do número de homicídios, de forma geral, no país⁷.

⁴ ARTIGO 19. *Dados sobre o Feminicídio no Brasil*. Disponível em: <<https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2018/03/Dados-Sobre-Feminc%C3%ADdio-no-Brasil-.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

⁵BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁶DOSSIÊ VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES. *Mapa de violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/pesquisa/mapa-da-violencia-2015-homicidio-de-mulheres-no-brasil-flacsoopas-omsonu-mulheresspm-2015/>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁷ IPEA. *Atlas da Violência 2018*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432>. Acesso em: 11 mar. 2019.

Cerca de 28,5 % das vítimas morrem dentro da sua própria casa, sem a oportunidade de defesa, o que diverge da violência sofrida pelo homem, que ocorre em sua maioria nas ruas.

Sabe-se que a violência quando não freada pela lei ou pelos meios processuais disponíveis pode alcançar um patamar de complexidade quanto a possibilidade de reversibilidade.

O direito penal brasileiro, visando tutelar a mulher, com a sanção da Lei nº 13.104/2015⁸, trouxe a qualificadora do crime de homicídio, qual seja, o assassinato de mulheres em razão do gênero, ou seja, quando envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo e discriminação à condição de ser mulher. A qualificadora do feminicídio prevista no artigo 121, §2º, VI, do Código Penal⁹ tem pena prevista de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, diferente do caput do artigo que traz pena de 6 (seis) a 20 (vinte) anos. O intuito do novel legislativo foi tutelar a mulher de forma mais efetiva.

Nesse ponto, verifica-se uma das divergências em torno do tema do presente artigo, qual seja, a diferenciação no tratamento do homem em relação à mulher, já que para os críticos, a criação de uma qualificadora trataria de forma desigual o homem e a mulher, fato que seria vedado pela Constituição da República.

Insta ressaltar, contudo, que a posição diferenciada de proteção se justifica pela necessidade de buscar à igualdade com o tratamento desigual dos desiguais. Hoje as mulheres ainda podem ser vistas em uma posição de minoria na sociedade, cercadas de atitudes oriundas da sociedade patriarcal e machista, o qual conforme discutido no primeiro capítulo, é o que justifica o tratamento dado pelo Código Penal, atuando como uma resposta à violência crescente suportada pela mulher.

As condições para a correta caracterização do feminicídio encontra-se no artigo 121, §2-A, do Código Penal¹⁰, visto que o crime deve ser praticado em razão da condição do sexo feminino, quando ocorrer no âmbito da violência doméstica e familiar ou com menosprezo e discriminação contra a mulher.

Nesse sentido, conclui-se que não basta que a violência tenha ocorrido no âmbito familiar; ela deve vir baseada no menosprezo ao gênero feminino, uma discriminação contra a mulher, que na maioria das vezes ocorre dentro do próprio ambiente familiar.

⁸BRASIL, op.cit., nota 3.

⁹BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

¹⁰Ibidem.

Luiz Flávio Gomes¹¹ cita que não se pode confundir com a violência ocorrida dentro da unidade doméstica, ou seja, pode-se ter uma violência ocorrida dentro do lar, em uma relação familiar, mas que não configura uma violência doméstica em razão do gênero.

A doutrina, ainda de forma divergente, vem classificando a qualificadora do feminicídio em subjetiva e objetiva. A discussão tem uma relevância prática e não apenas teórica, visto que geram consequências distintas na proteção à mulher quando aplicadas.

Cita-se como defensor da natureza subjetiva o professor Luiz Flávio Gomes¹² e o Professor Rogério Sanches¹³. Para os juristas, a condição do sexo feminino está relacionada ao sentimento de posse e não ao modo ou meio de execução, sendo a violência de gênero o motivo do homicida matar.

Logo, se a natureza fosse subjetiva, na hipótese de homicídio privilegiado do art. 121, §1º do Código Penal¹⁴, se afastaria a qualificadora do feminicídio, já que não seria quesitada ao Júri, por ser incompatível. O doutrinador Rogério Sanches¹⁵ narra que:

[...] a qualificadora do feminicídio é subjetiva, pressupondo motivação especial: o homicídio deve ser cometido contra a mulher por razões da condição do sexo feminino (...) o fato da conceituação de violência doméstica ter um dato objetivo, extraído da lei, não afasta a subjetividade [...]

Em sentido contrário, Nucci¹⁶ e os enunciados 23 e 24 da COPEVID¹⁷, defendem que a qualificadora é objetiva. Ela diz respeito ao crime, a forma de execução, os meios e modos. Trata-se de um crime específico, cuja violência é aplicada contra a mulher, em razão de ser mulher e com análise meramente objetiva no que tange as hipóteses de aplicação. Dessa forma, é prescindível qualquer elemento volitivo específico.

A consequência desse entendimento é que tratando-se da hipótese de reconhecimento do homicídio privilegiado, previsto no artigo 121, §1º do Código Penal¹⁸, não haverá quesitação quando às demais qualificadoras de motivo fútil ou torpe, mas seguirá a quesitação ao Júri

¹¹GOMES, Luiz Flávio. *Feminicídio*: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-dalei-13104-2015>>. Acesso em: 11 out. 2019.

¹²Ibidem.

¹³CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica*: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 6. ed. São Paulo: RT, 2015, p.83.

¹⁴BRASIL, op.cit., nota 9.

¹⁵CUNHA, op.cit., p.84.

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 14.ed. São Paulo: Forense, 2018, p.612.

¹⁷COPEVID, II, 2015. *Feminicídio*: natureza objetiva da qualificadora. Enunciado nº 23 e 24. COPEVID, 2015.

¹⁸BRASIL, op.cit., nota 9.

quanto as qualificadoras objetivas, a qual, se inclui o feminicídio, criando-se a figura do homicídio privilegiado qualificado.

Têm-se que esse entendimento é o mais ajustado ao intento do legislador na tutela da mulher, já que permitiria uma efetividade da aplicação da norma em sua totalidade, conforme já discutido no capítulo anterior.

Tratando da extensão da aplicação da qualificadora, observa-se que o artigo 121, §2º-A, do Código Penal¹⁹ exige para a incidência da qualificadora do feminicídio é necessário ter como sujeito passivo a mulher.

Com a evolução das questões de gênero, é comum que a lei ainda não tenha evoluído tal qual a sociedade, visto que o tema ainda é recente em debates. Nessa seara, uma questão que será enfrentada cada vez mais frequente nos tribunais é o alcance da norma aos transexuais femininos.

Para esclarecer melhor o tema, a juíza Adriana Ramos de Mello²⁰, em sua obra, traz três critérios para identificação da mulher: o psicológico, que desconsidera as questões biológicas de identificação da mulher, se orientando apenas pelos aspectos psíquicos ou comportamentais; o critério jurídico cível, o qual leva em consideração o registro civil; e o critério biológico que leva em consideração a concepção genética.

Apesar da doutrina e a jurisprudência não ter pacificado a discussão, a tendência é cada vez mais a sociedade se afastar do critério biológico, estático e seguir rumo ao critério psicológico, abrangendo assim a situação em que a pessoa se identifica como mulher e se sente mulher. Nesses casos, podemos vislumbrar a possibilidade de aplicação do feminicídio ao transexual, desde que a violência tenha sido praticada em razão do gênero.

Todavia, essa é uma discussão ainda muito prematura, a qual se terá melhor noção do posicionamento adotado e seus contornos com o decorrer do tempo e do amadurecimento das discussões sobre o tema.

Ressalta-se que analogia em desfavor do réu não é aceita e, nesse ponto, o critério psicológico encontra resistência para aplicação da qualificadora, já que se aplicaria norma mais grave ao réu de forma analógica.

Destarte, enquanto a legislação não for alterada ou o Supremo Tribunal Federal não se pronunciar sobre a abrangência da norma e sua interpretação, não há como dizer ao certo o

¹⁹Ibidem.

²⁰MELLO, Adriana Ramos. *Femicídio*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, p.143.



entendimento predominante acerca do tema, sendo trazido a baila apenas por ser ponto relevante e atual que orbita em torno do trabalho acadêmico.

3. A NATUREZA OBJETIVA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO COMO FORMA DE TUTELA À MULHER

Indubitavelmente, a mulher foi negligenciada por séculos em seu papel na sociedade e, sobretudo, no reconhecimento compatível com a dignidade da pessoa humana.

Seus direitos foram reconhecidos de forma tardia e, seus interesses de fato começaram a serem defendidos no direito brasileiro apenas no século XX, construindo-se um histórico de muita violência de gênero e física.

O direito penal, portanto, conforme já explanado no capítulo anterior, iniciou a luta contra a violência praticada em face da mulher com o surgimento da Lei Maria da Penha²¹ e a qualificadora do Femicídio, incluída no artigo 121, § 2º, VI do Código Penal²².

A qualificadora em questão é objeto de ampla discussão doutrinária e jurisprudencial desde que a Lei n.º 13.104/15²³ a incluiu no ordenamento jurídico, conforme já debatido.

O inciso VI, do artigo 121, §2º²⁴ traz que a qualificadora se aplica se o delito é cometido em face da mulher por condições do sexo feminino, ou seja, protege a mulher em razão do gênero, por ser mulher, frágil por vezes.

Nesse ponto específico, habita a divergência da doutrina quanto a qualificadora ser ou não de ordem objetiva.

Tratando-se a qualificadora do inciso VI²⁵ como objetiva, pune-se o agente pelo crime ter sido cometido em face da mulher, valendo-se da sua condição culturalmente frágil e a posição de superioridade exercida pelo homem.

Por outro lado, para aqueles que defendem²⁶ que a qualificadora tem um cunho subjetivo, sustentam que o fato de ser mulher não afasta a subjetividade, que deve ser avaliada caso a caso, observando-se os motivos que levaram o agente a cometer o crime e não o critério objetivo de ser mulher.

²¹CAMPOS, Carmen Hein de. *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.28.

²²BRASIL, op. cit., nota 9.

²³BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁴BRASIL, op.cit., nota 9.

²⁵Ibidem.

²⁶CUNHA, op. cit., nota 13.

Verifica-se que ambas as correntes acima citadas possuem pontos relevantes de análise e de consideração, todavia, deve-se analisar o espírito da lei, a motivação do legislador quando criou a qualificadora do feminicídio e, portanto, seu intento ao criar mais um inciso ao artigo que já tutelava à vida.

Considerar a qualificadora como subjetiva retira a possibilidade de trazer maior reprovabilidade ao delito e, conseqüentemente, punir o agente com maior gravidade. Se não fosse esse o intuito do legislador, tutelar a mulher por meio da qualificadora, a mesma não precisaria existir.

Isso porque os incisos do parágrafo 2º²⁷ trazem qualificadoras de cunho subjetivos (I, II e V) e objetivos (III, IV e VI), sendo incompatível a combinação de qualificadoras da mesma natureza.

Dessa forma, ao considerar a qualificadora do inciso VI (feminicídio) subjetiva, tornaria incompatível considerar a existência de um crime com motivações torpes (inciso I) em combinação com a condição do sexo feminino, por também ser de natureza subjetiva.

Verifica-se que a qualificadora do feminicídio perde a eficácia que o legislador atribuiu a ela, já que nos tribunais, em sua maioria, a tese defensiva encaixa o crime contra a mulher como motivo torpe. Logo, incluir mais um inciso de natureza subjetiva não protegeria a mulher de forma eficaz, ante a ausência de possibilidade de combinação.

Nessa seara, ao considerar a natureza objetiva da qualificadora do feminicídio, seria plenamente compatível combinar um motivo torpe, por exemplo, como matar mulher por prazer – natureza subjetiva – com o matar mulher em razão de ser mulher e sua condição frágil fisicamente e culturalmente estabelecida na sociedade – de natureza objetiva, atribuindo ao delito o correto caráter de reprovabilidade que lhe é devido.

Acrescenta-se que o fato da natureza ser objetiva não ilide a prova em contrário, ou seja, cabe a prova de que a mulher não se encontrava em condição de inferioridade por ser mulher, já que conforme o professor Nucci²⁸ afirma, as qualificadoras de natureza objetivas podem ser debatidas e contestadas ao ponto de se analisar em cada caso a sua aplicabilidade.

Dessa forma, se analisa as condições específicas previstas no parágrafo 2º-A do artigo 121 do código penal²⁹ e verifica-se se o delito envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação contra a condição de mulher, as quais, se presentes, estará

²⁷ BRASIL, op.cit., nota 9.

²⁸NUCCI, op. cit, nota 14.

²⁹BRASIL, op. cit., nota 9.



presente a qualificadora do Femicídio e será correta a aplicação ao caso concreto.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no bojo do *Habeas Corpus* nº 440.945-MG³⁰, conforme colaciona-se abaixo:

[...] consoante é cediço, a Lei 13.104/2015 alterou o artigo 121 do CP, incluindo o crime de feminicídio como uma modalidade qualificada do homicídio (...) Tais mudanças atuam como uma resposta à necessidade de providências rígidas e rápidas, em razão dos altos índices de violência contra a mulher. (...) diversamente do sustentado pela defesa, não são incompatíveis nem caracterizadoras de *bis in idem*. Isso porque, enquanto o motivo torpe está relacionado à razão do delito, ao que levou o réu a praticar o crime, o reconhecimento do feminicídio decorreu da ocorrência de violência doméstica e familiar. Assim, presentes uma qualificadora de cunho subjetivo (motivo torpe) e outra de cunho objetivo (feminicídio), circunstâncias de naturezas diversas que coexistem em perfeita harmonia, não há nulidade a ser declarada [...].

Importante salientar que não se busca com a consideração da qualificadora como objetiva a aplicação do direito penal objetivo e a punição sem análise da culpabilidade, mas que o tratamento diferenciado no caso se justifica pela situação de vulnerabilidade vivenciada pelas mulheres.

O contexto experimentado e sua situação de minoria permitem que o direito penal trate de forma diferenciada tanto a mulher em sua condição de desigualdade, quanto o agente que praticou o delito, já que por questões de política criminal a prática delituosa deve ser punida com maior gravidade³¹.

Assim, analisa-se o quanto a conduta deve ser censurada e prevenida na sociedade, dado o caráter de prevenção geral das normas penais, e a efetiva tutela da mulher contra a violência de gênero praticada no âmbito das relações domésticas e familiares.

CONCLUSÃO

Dessa forma, buscou-se com o presente trabalho demonstrar que a qualificadora do feminicídio, apesar das relevantes discussões contrárias sobre o tema, deve ser vista como de natureza objetiva nas hipóteses de aplicação, com o fito de tutelar melhor a mulher no contexto de submissão vivenciado por ela dada sua vulnerabilidade face ao homem.

A partir da análise da evolução do direito da mulher na sociedade, bem como do intuito do legislador em defender a mulher de forma mais efetiva, buscou-se entender a razão da mulher ainda ser morta pelo simples fato de ser mulher no Brasil.

³⁰BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *HC nº 440.945/MG*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 20 set. 2019.

³¹BAKER, Milena Gordon. *A tutela da mulher no direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.269.

A situação de submissão e negligência de seus direitos perante a sociedade patriarcal e machista levou a mulher a uma situação humilhante e abaixo daquilo que é considerado dignidade humana, que só começou a melhorar após tratados internacionais; e no Brasil, com a criação da Lei Maria da Penha, como resposta ao comprometimento do Brasil à altíssima taxa de feminicídio no país.

Assim, em defesa da natureza objetiva da qualificadora, buscou-se entender qual era o real intuito do legislador ao acrescentar a qualificadora do feminicídio. De forma que, a tutelar da mulher se torna plena, pelo menos no âmbito legal, ao permitir mesclar a qualificadora objetiva com àquelas de cunho subjetivo.

Ao passo que não seria possível, se houvesse o entendimento que a natureza da qualificadora é subjetiva, posição essa diversa do defendido no presente trabalho.

Nesse diapasão, concluiu-se que essa posição traz resultados positivos no combate à violência de gênero, reduz de forma considerável a aplicação em conjunto com outras hipóteses de natureza objetiva e retira parte da eficácia da norma.

Têm-se que essa é a melhor posição a ser adotada a fim de prestigiar o legislador e seu esforço em tornar mais grave a pena do homicídio prática contra a mulher em razão de ser mulher.

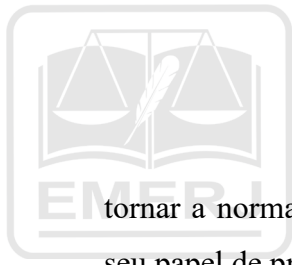
A natureza objetiva da qualificadora está relacionada ao gênero da vítima, ou seja, ser mulher, mas a morte causada pelo agente não apenas por ela ser mulher, mas pelos ciúmes, ódio, prazer, entre outros, efetivamente por acreditar que sua posição de superioridade, permite subjugar a mulher ao ponto de matá-la.

Buscou-se esclarecer que não há o intuito de criar uma hierarquização de mulheres acima de homens, mas entender o termo defendido na Constituição da República, qual seja, igualdade.

Nos termos atuais, perante a situação crítica de desigualdade entre homens e mulheres, justifica-se a posição de proteção com um tratamento desigual aos desiguais, buscando a igualdade dos gêneros.

Por fim, consolidou-se com o presente trabalho que embora ainda longe de alcançarmos a igualdade, a lei existe para tutelar a todos, e como minoria, as mulheres merecem, transitoriamente, de um cuidado mais efetivo por parte do Estado.

Entender que a qualificadora tem natureza objetiva é adotar uma posição mais rígida perante um problema gravíssimo enfrentado pelas mulheres brasileiras, que diz após dia são mortas, dentro de suas próprias casas e muitas vezes pelos homens que dizem amá-las. É



tornar a norma mais efetiva, é tutelar a mulher por meio do direito penal e tê-lo cumprindo seu papel de prevenção à prática dos crimes.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1980.

ARTIGO 19. *Dados sobre o feminicídio no Brasil*. Disponível em: <<https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2018/03/Dados-Sobre-Feminic%C3%ADdio-no-Brasil-.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

BAKER, Milena Gordon. *A tutela da mulher no direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal Justiça. *HC nº 440.945/MG*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 20 set. 2019.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COPEVID, II, 2015. *Feminicídio: natureza objetiva da qualificadora*. Enunciado nº 23 e 24. COPEVID, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 6. ed. São Paulo: RT, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha na justiça*. São Paulo: RT, 2013.

FERNANDES, Valéria DiezScarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade*. São Paulo: Atlas, 2014.

IPEA. *Atlas da Violência de 2018*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432>. Acesso em: 11 mar. 2019.

MELLO, Adriana Ramos. *Feminicídio*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VOLTAR AO SUMÁRIO 



_____. *Manual de Direito Penal*. 14.ed. São Paulo: Forense, 2018.



DIREITO AO ESQUECIMENTO E O CONFLITO COM O DIREITO À INFORMAÇÃO DIANTE DO FENÔMENO DAS NOVAS MÍDIAS SOCIAIS

Thiago Dantas Cunha Nogueira de Souza

Graduado pela Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Rio de
Janeiro. Advogado.

Resumo – O direito ao esquecimento tem sua tutela recentemente reconhecida na sociedade brasileira, sendo esse direito inegavelmente ligado à dignidade da pessoa humana. Sua importância se acentua na sociedade contemporânea quando confrontado com o direito à informação. Surge assim um claro conflito entre o direito individual e da coletividade, cujas análises ainda são recentes, sobretudo na jurisprudência pátria. Busca-se apresentar uma visão que conceda segurança jurídica as relações, quando esse confronto se apresentar, a partir daquilo que a doutrina e a jurisprudência já definiram.

Palavras-chave – Direito Constitucional e Civil. Direito ao esquecimento. Natureza jurídica. Novas mídias. Direito à informação. Conflitos e consequências. Visão jurisprudencial.

Sumário–Introdução. 1. Direito ao esquecimento: conceito e natureza jurídica. 2. Direito ao esquecimento e a relação com as novas mídias. 3. O direito ao esquecimento *versus* o direito à informação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o direito ao esquecimento, buscando conceituá-lo, bem como apresentar sua natureza jurídica, desenvolvendo uma análise da possibilidade de uma aplicação deste direito na sociedade digital, confrontando-o com o direito constitucionalmente garantido à informação.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir esse tema que cresce de importância conforme a sociedade tecnológica se desenvolve e os direitos da personalidade ganham ganha vez mais destaque diante do direito civil-constitucional experimentado no Brasil

A Constituição Federal consagra a informação como direito fundamental a todos. Contudo, quando se pesa o aspecto disso frente ao direito individual relacionado a dignidade de poder prosseguir com uma vida digna, surge um conflito ainda recente na sociedade moderna, mas que a jurisprudência já começa a traçar balizas.

O tema ainda é controvertido e recente tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que as novas mídias sociais geram informações a cada minuto sendo

difícil de se assentar até mesmo o que lá consta e se corresponde ou não com a verdade.

Buscando desenvolver o tema, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho expondo brevemente como o direito ao esquecimento é conceituado e sua natureza jurídica, demonstrando ser mais que um derivado da dignidade da pessoa humana, mas sim um direito cuja importância cresceu com o decorrer do tempo.

Após, será apresentado o conceito da sociedade digital e se conectará isso ao direito ao esquecimento, o qual é determinado através proteção da memória individual na internet, possuindo autonomia quanto a preservação da integridade moral na classificação dos direitos de personalidade e sofrendo limitações em razão do aspecto público do esquecimento, protegido pela memória coletiva.

Já no terceiro capítulo, analisar-se-á o conflito entre o direito ao esquecimento com o direito à informação. A intenção será de ressaltar o conflito de direitos fundamentais existentes, mas enaltecendo que há como compatibilizar essas duas premissas.

O desenvolvimento da pesquisa é a partir do método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o pesquisador tem a intenção de escolher um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acreditam serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o intuito de comprová-las ou rejeitá-las por meio de uma argumentação adequada e consistente.

Com esse mote, a forma de abordagem do objeto da referida pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, de arte que o pesquisador utilizará a bibliografia e os entendimentos jurisprudenciais mais recentes no que tange à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DIANTE DA EVOLUÇÃO DO TEMA COM A POSSIBILIDADE DE SEU RECONHECIMENTO PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E ESTRANGEIRA

Na realidade contemporânea, não há como conceber uma sociedade em que os direitos da personalidade não recebam especial proteção, sendo inerentes a condição humana. Busca-se proteger o ser humano em sua dignidade, e, por conseguinte deve haver respeito a sua integridade física (vida, direito sobre o corpo) e moral (liberdade, privacidade, imagem, honra, nome, direito moral do autor, recato). Dentro desse espectro, o Código Civil reconheceu tais direitos entre seus artigos 11 e 21, ainda que não tenha definido de forma taxativa quais seriam esses direitos¹. Que bom, pois a sociedade como um todo muda de

¹BRASIL. Conselho Da Justiça Federal. *Enunciado n.º 274*. 2006, Brasília. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

forma constante, sendo certo que a todo instante novos direitos surgem, enquanto outros vão ganhando desenhos distintos, ora com maior, ora com menor destaque, mas sem nunca deixarem de existir.

Nessa conjuntura, há o direito ao esquecimento, não tão falado em outrora, contudo, muito presente nos dias de hoje. O direito de ser esquecido faz parte dos direitos da personalidade, tendo em vista que há dados que merecem especial proteção, pois dizem mais a respeito de um direito subjetivo que de um interesse coletivo por informação.

Sua definição ainda não é pacífica e consolidada, mas predomina o entendimento de que é um direito fundamental que detém o titular de evitar que, a qualquer momento, seja lembrado por fatos desabonadores do seu passado. Conforme estabelece Schreiber²:

de um lado, é certo que o público tem direito a lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito. [...] Se toda pessoa tem direito a controlar a coleta e uso dos seus dados pessoais, deve-se admitir que tem também o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, gerando-lhe risco considerável. O direito ao esquecimento (diritto all'oblio) tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização, evitando-se que seja perseguido por toda a vida pelo crime cuja pena já cumpriu.

Conforme alerta o autor, tal direito é revestido de tamanha delicadeza posto que se ligam a fatos passados que já adormeceram no tempo, mas que podem causar consequências na vida das pessoas no presente, sendo o exemplo bem acabado o do condenado que já cumpriu a sua pena e possui o direito de seguir com sua vida sem a todo tempo ser lembrado disso.

O direito ao esquecimento, portanto, surge como um direito da personalidade, pautado na dignidade da pessoa humana em seu viés moral. Não é possível interpretá-lo, contudo, como um mero subprincípio a ser aplicado quando da conveniência do caso concreto para tutelar de forma abrangente a integridade. Há na verdade, um feixe específico na dignidade humana que se liga ao direito de ser esquecido, o qual merece especial proteção e atenção, devendo ser alvo de tutela quando ameaçado, tal qual seria o direito a imagem ou qualquer outro direito.

O *right to be let alone* ou *right to be forgotten*, cresce a partir da valoração do direito a honra e a privacidade, já resistindo na doutrina do direito comparado essa discussão há algum tempo. O caso emblemático, ocorreu na Alemanha, quando um sujeito foi condenado por

² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 170.

matar soldados em uma ação de roubo de armas. Contudo, quando estava para sair da prisão, um canal de televisão desejava produzir um programa sobre o caso. Não obstante, por respeito ao direito ao esquecimento, o Tribunal Constitucional Alemão vedou que a apresentação do programa fosse especificamente sobre aquele sujeito. A decisão, naquele momento, buscou tutelar os direitos da personalidade do indivíduo que se sobrepunham a liberdade de comunicação.

No entanto, a situação se alterou, quase 27 anos depois, quando um novo canal de televisão alemã decidiu realizar outro programa com o mesmo conteúdo referente ao assassinato dos soldados, nos mesmos moldes do programa anterior. Houve então um novo julgamento, em que o entendimento outrora vigente se alterou, de sorte que a corte julgou pela prevalência da liberdade de comunicação, por força do tempo que já havia passado³.

Indubitavelmente esse caso demonstra um caráter casuístico do direito ao esquecimento, não havendo uma regra geral a ser aplicada. É sem dúvidas um tanto clichê no direito se dizer que dependerá da análise do caso concreto para que se averigüe o direito a ser aplicado, mas resta evidente que aqui não se pode fugir desse viés.

No Brasil, só se abordou esse direito com o merecido destaque a partir do século XXI. A jurisprudência brasileira se posicionou concretamente sobre o tema em 2013⁴. Isso ocorreu em julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre as reportagens de uma emissora de televisão, sobre o episódio que ficou conhecido como a Chacina da Candelária⁵, no Rio de Janeiro, bem como sobre o caso referente a Aída Curi⁶, estuprada e morta em 1958 por um grupo de jovens. Os casos foram à Justiça porque os personagens das notícias — no caso de Aída, os familiares — se sentiram violados com o resgate de tais histórias, já ocorridas há tantos anos. Os pedidos para que não fosse noticiado foram recebidos e aceitos pelo Tribunal. Esses casos são apontados como essenciais para a sedimentação do direito ao esquecimento na realidade brasileira.

³SARLET, Ingo Wolfgang. *Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protexcao-dados-mario-gonzalez>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

⁴CANÁRIO, Pedro. *STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.334.097/RJ*. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 20 de mar. de 2019.

⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.335.153/RJ*. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

Em termos doutrinários, por outro lado, merece referência, como marco de defesa desse direito, o Enunciado nº 531 do CJF (Conselho da Justiça Federal), aprovado na VI Jornada de Direito Civil, realizada em 2013: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”⁷

De igual importância é a justificativa deste enunciado:

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 ao ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

A fundamentação do enunciado se liga a nova era digital atualmente vivida, sendo a mola que alavancou uma maior pauta nas discussões doutrinárias no Brasil. Não é difícil imaginar o porquê, tendo em conta que se antes os dados ficavam armazenados em livros, jornais e materiais propriamente físicos, nos dias de hoje tudo se encontra a poucos cliques, restando armazenado na rede mundial de computadores, de forma que a tutela dos direitos individuais deve ser alvo de maior proteção.

Portanto, o direito ao esquecimento é sem dúvida alguma ainda uma novidade na doutrina e na jurisprudência pátria. No entanto, nem por isso sua proteção deve ser relativizada, tendo em vista, que, como abordado, trata-se de direito fundamental referente a personalidade, devendo tal qual qualquer outro receber o devido respeito por parte de todos.

2. DIREITO AO ESQUECIMENTO E A RELAÇÃO COM AS NOVAS MÍDIAS

Em que pese o jornal de papel ter sido criado apenas no século VIII D.C. na China e o Imperador Augusto no século I ter feito a primeira publicação periódica, apenas após a criação da prensa de Gutenberg em 1440 que um algo novo surgiu, a partir da união desses dois conceitos⁸.

O objeto utilizava o que é conhecido por tipos, que são uma quantidade considerável

⁷BRASIL. Conselho Da Justiça Federal. *Enunciado nº. 531*. 2013, Brasília. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

⁸ARAUJO, Ana Paola da Silva Salgado. *Da Imprensa De Gutenberg aos Meios de Comunicação de Massa: “Uma Revolução no Conhecimento”*. 2010. 33 folhas. Trabalho de Conclusão do Curso Biblioteconomia e Gestão de Unidades de Informação da UFRJ, para obtenção do grau de bacharel. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/1225/1/TCC.pdf>> Acesso em: 02 abr. 2019

de pequenas peças que desenham determinadas formas na folha quando pressionados contra si. Quando organizados poderiam realizar tal procedimentos em padrão e grande quantidade, permitindo o início da circulação de periódicos, ainda que em pequena escala.

É a partir desse procedimento que surge o nome “imprensa”, ainda que atualmente esse termo possua um conceito expansivo em relação ao tido quando concebido. Contudo, apenas nos séculos XVIII e XIX, a partir da Revolução Industrial, que se inicia o processo de massificação da imprensa, com a impressão de novos jornais e periódicos.⁹ A revolução propiciou a criação de máquinas que tornavam mais fácil o processo de prensa, permitindo uma produção que atendesse a mais pessoas. Nesse período houve o maior crescimento da história dos meios de comunicação conhecidos até então.

Desde então a imprensa teve sua importância crescente na sociedade, sendo certo que serviu sempre como um canal de comunicação entre os diversos setores da coletividade. Essa significância elevou-se, chegando ao ponto em que veículos de informação passaram a exercer influência – direta ou indiretamente - sobre as esferas de poder e a população.

Tornou-se um mecanismo de proteção da sociedade ao mesmo tempo que uma arma capaz de gerar crises que abalam as estruturas existentes. Com o decorrer do tempo, os meios de comunicação evoluíram, de forma que o termo mais abrangente para se referir a todos esses é mídia. Essa consiste no conjunto dos diversos instrumentos de comunicação modernos, cujo fim é a transmissão de informações e conteúdo a partir do uso de diferentes plataformas - como jornais, revistas, a televisão, o rádio e a internet.

O papel desses veículos na sociedade contemporânea é sem dúvida prestigioso, garantido na norma constituinte brasileira atual em seu artigo 220. Encontra-se ainda no artigo 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos, o qual ressalta o direito a buscar, receber e compartilhar informação, apesar de eventos recentes demonstrarem que certos preceitos dessa função são descumpridos.

Ocorre que esse poder de informar hoje fragmentou-se. Se, antes, uma pessoa dependia do jornal chegar a sua porta a cada dia de manhã para saber os principais relatos do dia anterior, ou então, necessitava acompanhar atentamente as informações transmitidas no rádio, hoje não é assim. Basta um aplicativo de mensagens para que receba a cada instante aquilo que acaba de acontecer.

Nesse cenário, qualquer pessoa possui o poder de informar. Uma rede social basta

⁹Ibid.

para que uma notícia, ainda que falsa, corra e vire um fato incontestável aos olhos daqueles que não buscam maiores detalhes. É uma evolução inegável da sociedade, todavia extremamente recente. A título de exemplo, o primeiro smartphone foi lançado há vinte e cinco anos no mundo¹⁰. Isso deixa claro que esse novo momento ainda engatinha se comparado com a imprensa, que já possui essa larga experiência.

Dentro disso, é de se pensar que se a imprensa com essa larga experiência ainda comete abusos, imagine o que não fazem as pessoas com essa recente tecnologia em mãos. Nesse período de adaptação limites ainda vão sendo postos a prova para que o caso a caso nos demonstre até onde ir.

Assim, conforme a ser visto ao longo desta pesquisa, diversas são as vezes em que o direito ao esquecimento é violado diante dessa sede por notícias que move as pessoas, que compartilham informações sem se dar conta das consequências que poderão levar.

No entanto, mostra-se imprescindível destacar que, até hoje, a jurisprudência brasileira se concentrou principalmente no esquecimento no âmbito analógico, onde o direito a não ser lembrado é afirmado pelo indivíduo face aos veículos de imprensa tradicionais, tal qual no casos mencionados no primeiro capítulo.

Contudo, ainda há um outro viés do direito ao esquecimento diante dessas novas modalidades tecnológicas que necessita de um apontamento. Em outrora páginas amarelas, livros e revistas eram fontes de pesquisas, hoje buscadores em sítios de internet oferecerem soluções mais céleres e eficazes, na maioria das vezes. Os sites de busca consistem na disponibilização de ferramenta para que "o usuário realize pesquisas acerca de qualquer assunto ou conteúdo existente na web, mediante fornecimento de critérios ligados ao resultado desejado, obtendo os respectivos links das páginas onde a informação pode ser localizada¹¹".

Nesses ambientes o direito ao esquecimento deve ser tutelado. No âmbito digital, a permissão para ser esquecido não é essencialmente um direito de não ser recordado, mas o direito de ter suas informações pessoais desindexadas pelos buscadores da Internet, em especial, quando tais informações não forem corretas, relevantes ou atualizadas.

O Marco Civil da Internet¹² importou-se em assegurar uma série de direitos ao

¹⁰ BBC BRASIL NEWS. *Primeiro smartphone completa 20 anos*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140815_smartphone_vinte_anos_rb>. Acesso em: 10 ago. 2019.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.316.921/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/1/art20180105-13.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹² BRASIL. *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: 29 ago. 2019.

usuário em seu art. 7º, sendo que o art. 8º bem esclareceu que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”.

Frise-se que a referida lei não dispõe de forma expressa como se dará essa proteção a dignidade, mas como já dito anteriormente, o caso a caso irá demonstrar como será feita essa tutela. Como consequência à violação das garantias mencionadas no art. 7ª da Lei nº 12.965/2014, o seu art. 19 exige ordem judicial específica para tornar indisponíveis conteúdos gerados por terceiros e violadores de direito, sendo que no caso de inércia, a responsabilidade civil pode ser invocada.

Já o art. 21 da referida Lei¹³, a exceção à necessidade de ordem judicial específica corre à conta de conteúdos violadores da intimidade divulgados sem autorização, como cenas de sexo ou de nudez, hipótese em que a norma se contenta com a notificação que aponte o material ilícito. Além disso, está expressamente excepcionada de seu âmbito de incidência a violação de direitos autorais praticada por terceiros (art. 19, § 2º, e art. 31).

Com base nessas premissas em um caso que chegou ao Superior Tribunal de Justiça, a corte ordenou que sites de busca impeçam que o nome de uma promotora de Justiça quando buscado surja indexado a uma fraude em concurso para a magistratura¹⁴. O colegiado reconheceu o direito ao esquecimento da promotora para obrigar as empresas a alterar suas páginas de resultados de busca.

No julgamento, seguindo a linha dos estudos do Min. Luís Felipe Salomão, o Ministro Sanseverino¹⁵ ponderou que é preciso tratar cada caso de acordo com as peculiaridades de cada caso, sendo que o que a “pretensão da demandante é o reconhecimento de seu direito de evitar que, sendo feita a busca apenas pelo nome da autora, sem qualquer outro critério vinculativo à fraude, os resultados mais relevantes continuem a priorizar esse fato desabonador”.

Dessa maneira, resta evidente que as novas mídias ingressaram na sociedade brasileira em um caminho sem volta. Contudo, há etapas a serem percorridas para que se estabilizem as situações diante de cenários ainda desconhecidos de enfrentamentos e violações a direitos bases da coletividade, que sem dúvida serão afetados, mas que merecem a

¹³Ibid.

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.660.168*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2018/stj_02187678520098190001_08052018.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2019.

¹⁶Ibid.



devida proteção que a Constituição garantiu.

3. O DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* O DIREITO À INFORMAÇÃO

Conforme mencionado antes, o direito ao esquecimento é essencial na nova realidade social que se impõe, onde fontes de notícias são as mais variadas, sendo uma forma de tutela da dignidade da pessoa contra fatos que não merecem ser abonados. No entanto, a linha é tênue entre aquilo que merece ser esquecido e aquilo que é direito da população de saber, tendo em vista a proteção constitucional ao direito a informação.

Assim, é evidente que em certos momentos haverá um conflito entre esses dois direitos fundamentais, de sorte que o caso a caso irá demonstrar aquele que deve prevalecer. No entanto, há certas balizas que podem ser travadas a fim de gerar um mínimo de segurança jurídica, até mesmo porque se houver um direito ou outro que prevaleça de antemão, abusos irão ocorrer, o que não é difícil imaginar.

Prevalecendo o direito à informação sempre sobre o direito de ser esquecido, teremos que a quantidade de violações a direitos individuais seria muito grande, pois todos se achariam no direito de falar o que quiser a todo momento, sob esta manta de proteção ao direito a informação.

Por outra via, eventual entendimento de que o direito ao esquecimento sempre prevaleceria, geraria um regresso a tempos de restrição de informações, pois haveria um receio a todo momento das consequências que viriam dessa conduta.

Dessa maneira, ambos os direitos precisam coexistir, buscando-se um equilíbrio entre eles, demonstrando-se com o caso aquilo que irá ser privilegiado, de sorte que as colisões entre essas prerrogativas serão analisadas de acordo com a situação conflituosa levada a conhecimento, de arte que prevaleça o direito mais pertinente de proteção no caso prático.

No momento em que este conflito ocorrer, contudo, é preciso saber como proceder, para que seja proferida uma análise equivocada, sob pena de incidir nas consequências já mencionadas.

De toda sorte, é necessário de pronto estabelecer uma premissa relativa a essa

convivência entre os direitos: a censura não é opção. A Constituição Federal¹⁶ é clara nesse sentido e não poderia ser diferente, fixando no art. 5º ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Ademais, o artigo 220 da Constituição¹⁷ é taxativo e determina que expressão do pensar, a elaboração, assim como a informação, desenhada sob qualquer forma não será atacada por qualquer limitação, dentro dos termos constitucionais.

O legislador foi enfática na garantia da liberdade de expressão, mas, como reforço peculiar à liberdade de imprensa, privilegiou-a estabelecendo já no parágrafo 1º que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social...”

Dessa forma, é latente a preocupação do legislador constitucional em que não se desabone de qualquer forma aquele que quiser se manifestar, pois há o direito tanto de se transmitir essa informação, bem como daquele que a recebe, não podendo o Estado se imiscuir em analisar previamente aquilo que será transmitido.

Já estabelecido que não deve haver censura, o que fazer da análise de um caso concreto em que haja este conflito estudado? A solução passa por uma técnica de ponderação.

O entendimento a respeito dessa técnica é objeto de estudo de diversos pensadores, como Robert Alexy, filósofo do direito alemão que desenvolveu um modelo de sopesamento de normas e princípios diante de um conflito jurídico¹⁸.

Essa técnica vem sendo aplicada nas principais decisões jurídicas brasileiras que tratam do choque de princípios ou garantias jurídicas. A título de exemplo é possível citar alguns casos conhecidos em que o Supremo Tribunal Federal utilizou-se dessa técnica diante de um conflito entre direitos e garantias, como quando o Supremo Tribunal Federal permitiu aborto de feto anencéfalo¹⁹.

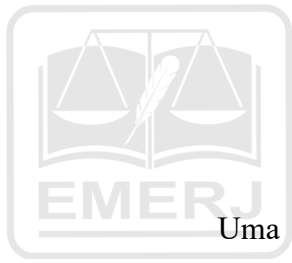
De início, para analisar a estrutura dos direitos fundamentais deve ser feita uma distinção entre regras e princípios, apontando alguns critérios tradicionais para essa diferenciação como o da classificação deles como espécies do gênero norma, que determinam o dever ser.

¹⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 set. 2019.

¹⁷Ibid.

¹⁸ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014, p 94.

¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/6/art20150603-07.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2019.



Uma forma utilizada por Alexy²⁰ para que não se confunda esses institutos é o da generalidade, uma vez que os princípios diferentemente das regras tratam de normas mais amplas, com maior grau de generalidade e são considerados como mandamentos de otimização, que incluem proibições e permissões.

Ainda se nota a diferença entre regras e princípios, na teoria de Alexy²¹, no plano da estrutura da norma. Defende o autor, que os princípios admitem cumprimento em graus diversos, ao passo que as regras devem ser cumpridas de forma direta, desde que demonstrado que a circunstância concreta está sob sua hipótese de incidência.²²

Além disso, há distinção quando ocorrem conflitos entre as regras com relação a quando ocorrem embates entre princípios. Para Alexy²³, o enfrentamento entre regras de um mesmo ordenamento jurídico impõe invalidade de uma das normas. Assim, um embate entre regras apenas pode ser resolvidocaso se introduza, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida, não havendo como coexistirem conflituosamente.

Isso não ocorre com os princípios colidentes, devido a já mencionada generalidade dessa norma, visto que no confronto de princípios há preponderância de um, naquele caso concreto. Dessa forma, o conflito de princípios é solucionado pelo sopesamento dos interesses envolvidos, com isso em determinadas ocasiões um direito irá prevalecer em relação a outro.

Logo, um direito que foi aplicado em uma determinada situação, pode não ser protegido em situação diversa. Trazendo isso para o trabalho que aqui se discute, destaca-se o conflito entre a liberdade de informação e o direito de ser esquecido, onde a depender da situação prática uma das normas será precedida em razão da outra.

Acrescente-se que Alexy²⁴ considera que a teoria da ponderação dos princípios se conecta com a noção de proporcionalidade, que se divide em três ideias: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na adequação se busca aquele que seria o meio mais adequado para atingir determinado fim de forma que não prejudique de maneira excessiva outro princípio. Por sua

²⁰ALEXY, op. cit., nota 19.

²¹Ibid.

²²ACUNHA. Fernando José Gonçalves. *Colisão de normas Distinção entre ponderação e juízo de adequação*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p165.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

²³ALEXY, op. cit.,nota 19.

²⁴Ibid.

vez, na necessidade é auferido se o meio adequado em questão é o único possível para se chegar a finalidade pretendida, tendo em vista que se houver outra forma que seja menos restritivo o conflito será resolvida em favor dele.

Por último, a proporcionalidade em sentido estrito será vista por meio da técnica de ponderação usada no conflito de princípios quando qualquer das máximas anteriores tenha sido suficiente para elucidação do conflito. Assim de acordo com a lei de sopesamento, a ponderação será realizada com base nos graus de importância da satisfação ou não satisfação de um princípio em relação a outro. Dessa maneira, o grau de afetação ou de não-satisfação de um princípio depende da importância da satisfação do princípio colidente.

Com isso, Alexy²⁵ aponta três critérios para a ponderação de princípios colidentes:

[...] no primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio.

Um exemplo prático disso auxiliará na construção deste raciocínio. Neste sentido, imagine uma publicação jornalística na internet sobre um fato criminoso nas vésperas em que o sujeito iria receber seu alvará de soltura, em uma reportagem tendenciosa e violadora do direito individual. A adequação nos levaria a enxergar que o pedido para que a reportagem seja retirada de visualização. Esse meio adequado é o menos gravoso entre os possíveis, pois não houve uma censura, o que seria incabível, mas apenas a retirada após a publicação. Por fim, o custo benefício em questão é compensatório, tendo em vista que de início se preservou o direito à informação e a liberdade de expressão. No entanto, essa não pode ser irrestrita, de sorte que o direito ao esquecimento deve ser valorado, neste exemplo.

Porém, a depender do caso, a solução poderia ser distinta, tendo em vista que não há uma solução pré-definida, de sorte que caberá ao julgador do caso concreto fazer essa ponderação entre direitos de relevância acentuada, especialmente na sociedade contemporânea.

Nesse sentido discorreu Schreiber²⁶:

é certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento. O caso concreto deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na reiteração do fato pretérito, o modo de sua representação e os riscos trazidos por ela à pessoa envolvida. Não há direito a

²⁵Ibid.

²⁶SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 468.

reescrever a história ou apagar o registro de dados pretéritos, mas há direito de evitar que tais fatos sejam reapresentados (muitas vezes, de maneira sensacionalista) fora do seu contexto originário (tempo e espaço) de modo a oferecer um retrato incompatível com a atual identidade da pessoa. Como em outros conflitos já analisados, não há aqui solução simples. Impõe-se, ao contrário, delicado balanceamento entre os interesses em jogo.

Portanto, é no caso prático que irá se comprovar se prevalecerá a aplicação do direito ao esquecimento, na oportunidade em que seu grau de satisfação se mostrar mais elevado que o do direito de informação, de arte que a memória individual será protegida. Por outra via, caso a satisfação do direito de informação se mostre mais relevante que a tutela do direito de personalidade, não será possível a sua aplicação em razão da tutela da memória social.

Nesse sentido tem decidido a jurisprudência pátria²⁷:

[...] para Alexy, os princípios têm efeitos irradiantes, não podendo, portanto, serem desprezados por completo. Não há relação de exclusão e, em caso de choque, devem ser considerados todos eles, com graus de aplicação diferenciados, de modo a não aniquilar nenhum (In. Teoria de losderechosfundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997). Dessarte, no tocante ao antagonismo entre os direitos fundamentais, dever-se-á, numa ponderação de valores, buscar a máxima observância, somada à mínima restrição dos direitos relacionados. [...] Nesse campo, o Judiciário vem sendo instado a resolver os conflitos por demais recorrentes entre a liberdade de informação e expressão e os direitos inerentes à personalidade, ambos de estatura constitucional. Em razão disso, não havendo falar em direitos fundamentais absolutos, vêm a doutrina e a jurisprudência buscando alguns parâmetros para nortear o julgador, notadamente no que tange à liberdade de informar através dos meios de comunicação. Esta Quarta Turma, analisando os contornos de eventual ilicitude de matérias jornalísticas, abraçou a tese segundo a qual a liberdade de imprensa, por não ser absoluta, encontra algumas limitações, como por exemplo: "(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandiveldiffamandi)" (REsp 801.109/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2012). Também esta Corte, realizando juízo de ponderação, acrescentou o traço da ausência de contemporaneidade como possível limitação da atividade informativa da imprensa, quando a notícia trouxer à tona fatos passados, em detrimento da dignidade humana e privacidade; reconheceu-se, assim, o direito ao esquecimento (REsp 1.335.153/RJ e Resp 1.334.097, ambos de minha relatoria, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013).

Dessa forma, nota-se que o direito ao esquecimento é respaldado em razão desse privilégio ser diretamente ligado a noção de personalidade dos indivíduos, sendo sua proteção em caso de conflitos executada pelo uso da sistemática da ponderação defendida por Alexy²⁸,

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.297.787*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182318372/recursospecial-resp-1297787-rj-2011-0291307-1/relatorio-e-voto-182318379>>. Acesso em: 29 ago 2019.

²⁸ALEXY, op. cit., nota 19.

sopesando-se os princípios colidentes para auferir a proteção concreta da norma mais razoável no caso concreto. Assim, não resta dúvida de que esse direito estará respaldado, tendo sempre como norte a noção de que não há direitos absolutos.

CONCLUSÃO

Com a Constituição Federal de 1988, o direito civil necessitou se reinventar. A visão sobre aquilo que integra a personalidade do indivíduo se modificou e continua a se modificar a cada dia, conforme a sociedade se transforma. Nesse sentido, surge o direito ao esquecimento, como consequência lógica da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva da evolução sobre a visão do indivíduo e seus direitos.

A pessoa que não quiser ser lembrada de certos fatos tem esse direito, para que possa progredir com a sua vida sem que isso seja lembrado. No direito comparado isso já é trabalhado há certo tempo, sendo certo que a jurisprudência pátria, bem como a doutrina recentemente começaram a se debruçar com maior profundidade sobre o tema.

Nesse contexto, não poucas vezes, o direito de ser esquecido irá se confrontar com aquele que a sociedade tem de se informar e se manifestar. E não é por menos. A Constituição Federal garante a todos a liberdade de expressão e de informação, de sorte que todos têm o direito de serem informados e de informar aos demais.

O direito à informação, nessa evolução da sociedade que tratamos, também vem ganhando novos contornos a partir das inovações tecnológicas que surgem a cada dia, tendo em vista que novos meios de interação entre as pessoas aparecem. Dessa forma, a cada momento em que uma notícia surge, essa já é de imediato compartilhada.

Por vezes, as informações que são disseminadas, contudo, dizem mais respeito à privacidade da pessoa que propriamente a um interesse coletivo por saber daquilo. Assim, restará por claro comprovado um conflito entre o direito ao esquecimento e o direito à informação.

Por meio do presente trabalho, analisou-se a forma de aplicação do direito ao esquecimento na sociedade digital, tendo em vista que essas formas de comunicação têm proporcionado aos indivíduos lembranças do passado, que por eles não viriam à tona, e, por consequência, tem deixado de proteger alguns direitos fundamentais aos seres humanos, como a proteção da memória particular dos indivíduos.

No entanto, apenas a análise casuística demonstrará quando o interesse coletivo



deverá prevalecer sobre o interesse particular. Dessa maneira, não há como traçar um mecanismo que confira uma solução precisa a todos os casos.

Não obstante, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem indicando caminhos para que pelo menos uma segurança jurídica mínima possa ser transmitida. Nesse sentido, os princípios de ponderação reverberados por Alexy nos auxiliam a solucionar casos difíceis que são colocados para julgamento, medindo forças entre os direitos de informação e do esquecimento, conforme apontado no terceiro capítulo.

Portanto, essa pesquisa não pretendeu esgotar o tema referente o direito ao esquecimento, ou fornecer uma fórmula geral de proteção. Pretende-se, contudo, conceber meios de fornecer uma segurança jurídica para os casos em que o confronto entre os direitos fundamentais da dignidade e da informação ocorrer, tendo em vista que essa tensão é cada vez maior na sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de adequação*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n2_03_p165.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2014.

ARAÚJO, Ana Paola da Silva Salgado. *Da imprensa de Gutenberg aos meios de comunicação de massa: uma revolução no conhecimento*. 2010. 33 folhas. Trabalho de Conclusão do Curso de Biblioteconomia e Gestão de Unidades de Informação da UFRJ, para obtenção do grau de bacharel. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/1225/1/TCC.pdf>> Acesso em: 02 abr. 2019

BBC BRASIL NEWS. *Primeiro smartphone completa 20 anos*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140815_smartphone_vinte_anos_rb>. Acesso em: 10 ago. 2019.

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

_____. Conselho Da Justiça Federal. *Enunciado n.º 274*. 2006, Brasília. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

_____. Conselho Da Justiça Federal. *Enunciado n.º 531*. 2013, Brasília. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

_____. *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: 29 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.297.787/RJ*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46521517&num_registro=201102913071&data=20150417&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 29 ago 2019.

_____. *REsp nº 1.316.921/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/1/art20180105-13.pdf>>. Acesso em: 10 jul 2019.

_____. *REsp nº 1.334.097*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. *REsp nº 1.335.153*. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. *REsp nº 1.660.168*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2018/stj_02187678520098190001_08052018.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/6/art20150603-07.pdf>>. Acesso em: 09 set 2019.

CANÁRIO, Pedro. *STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeiravezcondena-imprensa>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protacao-dados-mario-gonzalez>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.



NATUREZA JURÍDICA DO ART. 1.015 DO CPC: TAXATIVIDADE MITIGADA?

Thiago Martins Ramos Fonseca

Graduado pela Faculdade de Direito do IBMEC. Advogado. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O grande número de interposições de agravos de instrumentos, resultado das regras do sistema processual civilista antigo, fez com que o legislador do Novo Código de Processo Civil, criasse um sistema de hipóteses taxativas do referido recurso, com o fim de reduzir assim o desenfreado ajuizamento do mesmo. Tal sistemática criada, no entanto, não parece ter sido aceita com bons olhos pela doutrina e jurisprudência, o que fez com que houvesse inúmeras discussões acerca da natureza jurídica do rol do art. 1.015, mormente as hipóteses de cabimento ou não do agravo, nas situações não elencadas pelo referido dispositivo. O objetivo deste artigo é analisar o REsp nº 1.704.511, que em sede de recurso repetitivo, definiu a natureza jurídica do rol do art. 1.015, indo de encontro com a vontade do legislador, apresentando assim os riscos do ativismo judicial no caso em tela.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC. Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Divergência jurisprudencial.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias acerca das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Análise histórica e atual. 2. A natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC 3. Consequências práticas do ativismo judicial no caso do rol do agravo de instrumento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico discute acerca da natureza jurídica do rol do artigo 1.015 do CPC, no que tange as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. O intuito da pesquisa é demonstrar a importância da *mens legis* no trabalho de interpretação hermenêutica do juiz, no momento em que este faz a aplicação da lei, ao caso concreto.

Conforme a exposição de motivos do CPC/15, o legislador ao criar a nova *códex* teve como intuito retornar à época de 1939, desenvolvendo assim um modelo, *mutatis mutandis*, semelhante ao do Código Processual Civil àquela época. Criou-se, portanto, um sistema de recorribilidade imediata das decisões, elegendo assim um rol exaustivo para as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

Diante desta novidade, criou-se uma celeuma jurídica acerca da viabilidade prática da taxatividade do rol, do referido artigo. Doutrina e jurisprudência, tratando a respeito do tema, mostraram-se diametralmente opostas, discutindo na seara da hermenêutica qual seria a verdadeira natureza jurídica do rol.

Desta forma, viu-se o aplicador do direito em uma entrave. Deveria o juiz respeitar a literalidade da lei, protegendo assim a vontade do legislador ordinário, e conseqüentemente o respeito a taxatividade do rol, tal como quer a exposição de motivos do Código de Processo Civil, ou deveria amplificar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, violando assim a separação dos três poderes?

Com intuito de melhor expor as ideias aqui aventadas, faz-se imprescindível apresentar as controvérsias a respeito da natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC, expondo assim as conseqüências jurídicas de se adotar cada uma delas.

Pretende-se ainda discutir acerca da impossibilidade de interpretação analógica, pelo aplicador do direito, quando este não se sentir satisfeito com as regras criadas pelo legislador ordinário. Para tanto é necessário criticar o ativismo judicial, em casos específicos como este, em que o juiz altera a essência da norma, sob a proteção de princípios abstratos garantidos na Constituição Federal, mormente o da efetividade.

Inicialmente apresenta-se, no primeiro capítulo, as controvérsias a respeito da natureza jurídica do art. 1.015 do CPC.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a necessidade de defender a *mens legis* da *códex* deve se sobrepor a vontade do poder judiciário. Desta forma, busca-se assegurar que a natureza jurídica do rol do art. 1.015 é de taxatividade restritiva, de forma a impedir qualquer tipo de interpretação hermenêutica contrária a intenção do legislador. Ato contínuo, pretende-se demonstrar hipóteses cabíveis de outros meios processuais possivelmente cabíveis para aquelas situações não previstas expressamente em lei, de forma a demonstrar que ao interpretar restritivamente as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, não restaria o jurisdicionado prejudicado.

Adiante, no terceiro capítulo, critica-se a recente decisão do STJ no REsp nº 1.704.520, apresentando argumentos contrários ao entendimento do Tribunal. Faz-se isso através de uma análise acerca da inaplicabilidade do ativismo judicial, no presente caso.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acreditam



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

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 para sustentar a sua tese.

1. CONTROVÉRSIAS ACERCA DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANÁLISE HISTÓRICA E ATUAL.

A criação de regras processuais, não se deu por um processo imediato e instantâneo, que resultou na unificação de todas as leis processuais em um código. Na verdade, o processo de criação de um sistema processualista é antigo, e tem origem desde a época do império, com as Ordenações Filipinas.¹

Em razão da sociedade ser algo volúvel e em constante mudança, é necessário que o sistema jurídico seja constantemente atualizado e renovado, de forma a atender aos anseios dela, sociedade. É de se esperar, portanto, que sempre que o legislador cria um sistema jurídico novo, este esteja a frente de seu tempo, e não com conceitos e ideias antigas, e ultrapassadas.

Neste giro, observa-se que no Código de Processo Civil de 1939, o legislador optou por um sistema de recorribilidade simples. Foi estabelecida a regra geral de que os despachos interlocutórios eram irrecorríveis, com exceção daqueles expressamente previstos em lei, sendo cabíveis contra eles o agravo de instrumento.² O que o legislador fez portanto, foi tratar casuisticamente acerca das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, que à época optou por estabelecê-las em dezessete incisos.

Ato contínuo, no Código de Processo Civil de 1973, no que tange aos recursos cabíveis contra as decisões interlocutórias, o legislador optou por possibilitar o cabimento do agravo de instrumento para todas as hipóteses de decisões interlocutórias que causassem dano à parte.

¹PEDRON, Flávio Quinaud Pedron. SAMPAIO Marina Fram Lima. *O Recurso de agravo de instrumento e a possibilidade de interpretação extensiva das suas hipóteses de cabimento conforme o CPC/2015*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.75.06.pdf. Acesso em: 7 jul. 2019.

²Ibidem.

Atualmente, no entanto, em uma análise feita na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, é possível perceber que o legislador optou por retomar as origens do Código Processual de 1939, ao criar um sistema de recorribilidade simples, e de hipóteses taxativas contra a recorribilidade de decisões interlocutórias:

O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa.³

Com certeza é de se causar, inicialmente, estranheza ao fato do legislador ter optado por retornar a um sistema antigo, o que alguns poderiam acreditar com um hipótese de retrocesso processual. Na comunidade jurídica percebe-se que a estranheza foi de fato perceptível, motivo pelo qual originou-se um acirrado debate jurídico acerca da possibilidade ou não de cabimento do agravo de instrumento, fora das hipóteses previstas em lei.

Inicialmente, criaram-se três correntes acerca do tema.

A primeira corrente que tratou sobre o tema, defendeu que o rol do art. 1.015 era taxativo, não permitindo nenhum tipo de interpretação analógica ou extensiva a seu respeito.

De acordo com esta corrente, o legislador ordinário ao promulgar o CPC/15 teve como objetivo central reduzir as vias recursais, motivo pelo qual o rol do art. 1.015 do CPC deve ser interpretado de forma restritiva. Desta forma, não caberia ao aplicador do direito consagrar hipóteses não tipificadas no presente dispositivo.

Tal corrente, busca fazer uma análise da *mens legis* do CPC, de acordo com o dito pelo legislador, na exposição de motivos da referida *códex*.

Criticando esta teoria, seguiu uma segunda corrente que, apesar de sustentar ser o rol do art. 1.015 do CPC taxativo, a interpretação dada a este rol deve ser extensiva, de forma a se adequar as questões práticas diárias, que não estariam previstas no referido rol.

Desta forma, o enunciado normativo deveria ser inicialmente interpretado de acordo com o sentido literal, para que que somente então, pudesse ser examinado de

³BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2019.



forma crítica e sistemática, pelo aplicador do direito, com intuito de coadunar as questões legais a vida prática.⁴

O fato de o legislador ordinário ter criado um sistema de recorribilidade do agravo de instrumento taxativo, não significa dizer que as interpretações dos incisos que tratam a respeito do cabimento do recurso deveriam ser restritivas. Ao contrário, segundo esta corrente, o próprio ordenamento jurídico, permite a feitura de interpretações extensivas, nas hipóteses de enumerações taxativas. Neste sentido, expõe Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha⁵:

No sistema brasileiro, há vários exemplos de enumeração taxativa que comporta interpretação extensiva.

O Supremo Tribunal de Justiça entende que, embora taxativa em sua enumeração, a lista de serviços tributáveis admite interpretação extensiva, dentro de cada item, para permitir a incidência do ISS sobre serviços correlatos àqueles previstos expressamente [...]"

Por último se tem a corrente que defende que o rol do art. 1015 é na verdade exemplificativo. Tal corrente se prende ao entendimento de que o CPC possibilitou ao juiz tomar certas medidas, através de seu poder instrutório, de forma a garantir um processo mais célere e eficaz, observando assim os preceitos constitucionais do art. 5º, LXXVIII da CF⁶.

Este é o entendimento do professor José Rogério Tucci:⁷

Tenha-se presente que, entre os poderes do juiz, o artigo 139, inciso II, do Código de Processo Civil preceitua que lhe incumbe: “Velar pela duração razoável do processo”. Diversos dispositivos do novo diploma processual concedem ao magistrado o poder de controlar e reprimir atos que possam colocar em risco a celeridade processual.(...)

Daí porque entendo que é acertada a interposição de agravo de instrumento quando a matéria importar imediato exame, mesmo que não conste da enumeração tida como taxativa. Não se pode, com efeito, interpretar literalmente a aludida regra legal e deixar o procedimento fluir, depois de considerável tempo, para só então ser reexaminada, por exemplo, a arguição de ilegitimidade de parte ou de prescrição, ao ensejo do julgamento da apelação.

⁴DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 15. ed. V. 3. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 248.

⁵Ibidem. p. 246.

⁶Art. 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 Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2019

⁷TUCCI. José Rogério Cruz. *Paradoxo da Corte: Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-18/paradoxo-corte-ampliacao-cabimento-recurso-deagravo-instrumento>. Acesso em: 18 abr. 2019

Insta por último salientar que recentemente o STJ no REsp 1.704. 520 parece ter criado ainda uma nova corrente, ressaltando ser as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento como de “taxatividade mitigada”. Segundo entendeu a Corte Superior, seria possível o cabimento do agravo de instrumento, fora da lista legal, sob a égide do requisito objetivo da urgência e necessidade. O fundamento desta decisão seria o de suprir as hipóteses de cabimento não previstas pelo legislador, e que, na visão da Corte, impossibilitavam o jurisdicionado de ter acesso a justiça.⁸

2. A NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC

A tramitação do projeto do Novo Código de Processo Civil, teve como marco inicial a data de primeiro de outubro de 2009 – data da assinatura do ato que criou a “comissão para elaborar o anteprojeto de lei de um novo Código de Processo Civil – encerrando-se no dia dezessete de dezembro de 2014 – com a aprovação do texto final do PL 166/10 pelo Senado.⁹

Neste interregno de tempo muitas discussões foram travadas por especialistas do direito acerca das sendas processuais, que o Código de Processo Civil deveria tomar, de forma a se adequar aos anseios sociais atuais.

O principal objetivo do Código de Processo Civil foi o de criar um sistema processual mais funcional, célere, pragmático e eficaz, possibilitando assim uma harmonização maior com os valores constitucionais garantidos.

Neste bojo, uma das formas encontradas pelo legislador ordinário, foi a simplificação do sistema recursal. Em que pese, o sistema recursal no antigo Código revogado, em sua versão original, ser consideravelmente mais simples que o anterior, com o passar dos tempos e as sucessivas reformas pontuais, este acabou se tornando um sistema mais complexos, o que ocasionou ineficiência e insegurança jurídica, aos jurisdicionados.

A partir deste ponto se consegue entender o motivo pelo qual o legislador ordinário optou por escolher um sistema de recorribilidade taxativa ao agravo de

⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.704.520*. Relatora Min. Nancy Andrighi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 18 abr. 2019

⁹DELLORE, Luiz. *5 anos de tramitação e 20 inovações*. Jota, 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-5-anos-de-tramitacao-e-20-inovacoes-29122014>. Acesso em: 10 jul. 2019.



instrumento, conforme consta na exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil.¹⁰

O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa.

Em que pese ser possível analisar negativamente a escolha do legislador em sua opção por um rol taxativo, certo é que não se pode permitir que o Judiciário arbitrariamente modifique o sistema adotado, julgando de acordo com aquele que achar melhor, pois então estaria havendo uma ruptura da separação dos poderes.

Conforme se resta claro, houve uma consciente e política opção do legislador pela taxatividade das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, não sendo portanto possível ao aplicador do direito ampliar estas hipóteses, seja através de uma interpretação extensiva do rol taxativo, ou mesmo sob a égide de uma interpretação “taxativa mitigada”¹¹, como assim quer a Corte Superior.

Neste diapasão, entende-se que a melhor corrente a ser aplicada seria aquela que defende que o agravo de instrumento é de rol taxativo, e cuja interpretação deva ser restritiva.

Não se pode sobre o amparo da eficiência e celeridade, através do fundamento da insuficiência das hipóteses de cabimento do rol do art. 1.015 do CPC, no âmbito prático processual, defender a possibilidade de criação de novas hipóteses de cabimento, pelo Poder Judiciário, não previstas expressamente em lei.

O fundamento será sempre o mesmo. Em razão da divisão dos três poderes, é papel do Poder Legislativo escolher qual tipo de sistema processual será o escolhido para tutelar a proteção do jurisdicionado. Ademais, é certo que durante a tramitação do projeto de lei foram várias as tentativas de alteração para extensão ou redução do rol do art. 1.015¹², o que terminou com a conclusão de doze incisos. Isto mostra a legitimidade existente, nas hipóteses de cabimento ali previstas, em razão da dificuldade que tiveram em serem aprovadas.

Por esta razão, de que seria válido o rol do art. 1.015, caso fosse possível ao Judiciário, de acordo com sua convicção interna, ignorar os anseios do Poder

¹⁰BRASIL. op.cit. nota 3.

¹¹BRASIL. op.cit, nota 8.

¹²BRASIL. Ibidem. Voto Min. FERNANDES, OG. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2019.

Legislativo, criando um novo elenco de cabimento do agravo de instrumento, não previsto em lei?

Ao permitir a criação de novas hipóteses de cabimento do rol do art. 1.015 o Judiciário estaria, portanto, afastando a aplicabilidade do próprio dispositivo em questão, sem declará-lo inconstitucional, o que violaria a sumula vinculante nº 10¹³.

A respeito do tema, tratou o Ministro OG Fernandes, no seu voto vencido no Resp nº 1.704.520¹⁴:

Caso assim não fosse, o STJ estaria deixando de aplicar o art. 1.015 do CPC sem, no entanto, declará-lo inconstitucional, o que não é adequado. E, frise-se, de inconstitucionalidade sequer se cogita, debatendo-se, isto sim, sobre a funcionalidade do novo sistema.

Importante afastar a tese de que ao entender pela impossibilidade de criação de novas hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, não previstas em lei, estaria o legislador impedindo o acesso do jurisdicionado a justiça. O próprio Código Processual de 2015, prevendo estas hipóteses de inaplicabilidade do agravo de instrumento, criou a possibilidade da matéria ser abarcada como preliminar de apelação, conforme o art. 1.009, §1^{o15} da referida *códex*, o que demonstra que o jurisdicionado não ficaria desamparado pelo Judiciário.

Outrossim, para as hipóteses de danos irreparáveis ou de difícil reparação, que não estivessem previstas no rol do dispositivo, seria possível a parte se utilizar do mandado de segurança, no caso de não cabimento de recurso com efeito suspensivo, assegurando assim o direito da parte, de ter a sua matéria prontamente tratada pela justiça¹⁶.

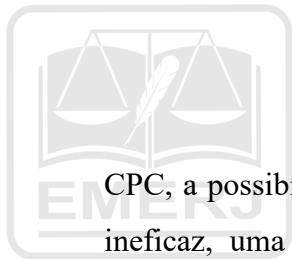
Como exemplo, poder-se-ia tratar do caso em que a parte faz o pedido de que o seu processo corra em segredo de justiça, mas é negado pelo juiz. Caso somente fosse possível a parte sustentar em preliminar de apelação, na forma do art. 1.009, §1^o do

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 10*. In: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) 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. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁴BRASIL. op.cit nota 8.

¹⁵Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1^o As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. BRASIL. op.cit, nota 3.

¹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no MS 17.857/DF. Relator. Min Arnaldo Lima. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25693558&num_registro=201102834066&data=20121119&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2019



CPC, a possibilidade do processo correr em segredo de justiça, tal ato processual seria ineficaz, uma vez que todo o processo de conhecimento em 1ª instância, correria publicamente. No entanto, por se tratar de um direito irreparável, e não haver recurso com efeito suspensivo, seria possível o mandado de segurança com pedido de liminar, com o intuito de suspender a eficácia do ato judicial, permitindo-se assim que o processo corra em segredo de justiça.

Conclui-se, portanto, que mesmo sendo restritiva as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, não estaria o jurisdicionado prejudicado, por estas hipóteses, uma vez haver saída processual para a garantia de seus direitos, inclusive dos urgentes.

Argumento que ainda existe é que “se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária.”¹⁷

No entanto, caso fique comprovado pela prática cotidiana o uso excessivo do *mandamus*, defende-se que isto sirva como razão essencial para se modificar a lei, como antes já se foi feito. O que não pode é utilizar-se de argumentos consequencialistas para modificar a *mens legis* do Novo Código de Processo Civil, indo de encontro com a vontade do legislador.

3. CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DO ATIVISMO JUDICIAL NO CASO DO ROL DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Era de se esperar uma enorme celeuma jurídica, e uma ruptura na doutrina, quando o legislador decidiu optar pela taxatividade do rol do agravo de instrumento. No interregno de tempo entre a aprovação do projeto e a vigência da lei, doutrina já criticava o texto legal, por faltar hipóteses de cabimento importantes para a vida prática do militante processualista, e se perguntava como os tribunais iriam resolver o assunto.

Por um breve período de tempo, enquanto a Corte Superior não decidia a respeito do tema, a insegurança reinou no mundo jurídico, e acredita-se que ainda reina.

Em que pese existirem julgados, recentes, da própria Corte Superior que defenda que o rol do art. 1.015 é taxativo e de interpretação restritiva¹⁸, ou que é um rol

¹⁷CUNHA apud BECKER, Rodrigo Frantz. *O rol taxativo (?) das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-rol-taxativo-de-hipoteses-do-agravo-de-instrumento-09062017>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.700.308*. Relator Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=RESP+1.700.308&b=DTXT&thesauru=JURIDI>

taxativo, mas de interpretação extensiva^{19 20}, o STJ decidiu em sede do Recurso Repetitivo no REsp nº 1.704.520, findar de vez com a questão, e definir que o rol é de “taxatividade mitigada”.

Sendo assim, o STJ entendeu ser cabível o agravo de instrumento, mesmo quando não expressamente previsto em lei, nas hipóteses em que se verificar a inutilidade do julgamento da questão, em sede de preliminar de apelação, quando houver os requisitos da urgência e necessidade. A Corte entendeu que o mandado de segurança para estas hipóteses, conforme aqui já defendido, seria considerado uma anomalia processual, e que portanto deveria ser impedido, em razão dos malefícios que ele iria trazer.

Ao que parece, a Corte buscou trazer para si os holofotes da vaidade, aplicando o ativismo judicial como uma forma de licença poética, para romper com o elo existente entre a separação das funções dos três poderes. Isto tudo, em razão da falsa premissa de necessidade da efetividade dos direitos fundamentais.

A Corte Superior desconsiderou a vontade do legislador, que optou por um sistema processual que ressurgiu com a possibilidade de aplicação do mandado de segurança, para casos como os discutido. Fez isso, pretensiosamente acreditando consertar aquilo que considerava um erro legislativo. Eis as palavras da Ministra Nancy Andriighi²¹:

Se isso é verdade, não é menos verdade que a trajetória do mandado de segurança contra ato judicial assemelha-se a de Fênix (...). Isso porque o legislador brasileiro, ao enunciar as hipóteses de cabimento do agravo no CPC/15, propositalmente quis ou involuntariamente conseguiu reacender, vivamente, as polêmicas e as discussões acerca do cabimento do mandado de segurança contra ato judicial como sucedâneo do recurso de agravo. (...) Contudo, é preciso, uma vez mais, tentar abater definitivamente a Fênix que insiste em pousar no processo civil de tempos em tempos e que mais traz malefícios do que benefícios.

Por derradeiro, mostra-se nítido que o STJ não somente revogou o dispositivo legal do 1.015, mas igualmente criou um novo texto que antes não existia em relação ao cabimento do agravo de instrumento.

CO&p=true. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.695.936*. Relator. Min. Herman Benjamin. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78380650&num_registro=201702210316&data=20171219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2019.

²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.679.909*. Relator. Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79504603&num_registro=201701092223&data=20180201&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2019.

²¹BRASIL. op. cit nota 8.



Importante salientar que não critica-se aqui o ativismo judicial como instituto, mas acredita-se que é necessário existir limites para que o Poder Judiciário possa atuar em uma posição nitidamente de legislador ou executivo. A ideia do ativismo está atrelada a uma participação mais ampla do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais garantidos na Constituição, e não aventados pelo poder legislativo e executivo.

O Ministro Luís Roberto Barroso²², define o ativismo judicial da seguinte forma:

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

De certo, portanto, que o papel do judiciário é o de consagrar políticas públicas quando os outros dois poderes se abstiverem de tomar condutas frente a garantia dos direitos sociais. No entanto, o ativismo judicial não pode servir de justificativa para o empoderamento do Poder Judiciário, frente aos outros poderes.

Na decisão do recurso repetitivo no REsp nº 1.740.520²³, percebe-se que o judiciário foi no caminho diametralmente oposto àquele previsto pelo legislador. Simplesmente o STJ decidiu desconsiderar a vontade do legislador, e criar uma regra nova, não prevista em lei. Todos os incisos do art. 1.015 do CPC que foram votados e discutidos, foram desconsiderados pelo STJ, que criou um “novo inciso” o qual permite o agravo de instrumento em qualquer situação, desde que sob a égide da urgência. Insta salientar, que esta hipótese sequer foi ventilada pelo legislador, nas discussões acerca do cabimento do recurso.

Conforme restou-se configurado, a vontade do legislador era justamente a de simplificar a forma de sistematização dos recursos. Criou-se assim hipóteses taxativas, para que se evitasse a discussão acerca da aplicabilidade ou não do agravo de instrumento, nas variadas circunstâncias da vida prática.

Ocorre que, apesar disso, a Corte Superior desconsiderou a *mens legis* da nova *códex* processual, e criou com a nova decisão, um sistema complexo e altamente discutível quanto as hipóteses em que serão ou não cabíveis o agravo de instrumento.

²²BARROSO, Luís Roberto *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 11 jul. 2019.

²³BRASIL. op. cit., nota 8.

Registra-se que ao entender pela hipótese de aplicabilidade do agravo de instrumento nos casos de urgência, quando não previstos em lei, o STJ estaria retroagindo para um regime bastante semelhante aquele previsto pelo Código de Processo Civil de 1973, em que a urgência decorrente da decisão interlocutória, definia se o caso era de interposição do recurso ou não. Não há portanto previsibilidade legislativa que permitisse a Corte Superior entender desta forma.

A decisão do STJ, na verdade, concretiza a problemática acerca da excessiva utilização do ativismo judicial, personificando assim o juiz como protagonista principal do modelo democrático, rompendo com o equilíbrio entre os três poderes, base da democracia.

Os membros do Poder Judiciário não são agentes políticos eleitos pelo povo. Por não terem passado pela cerimônia batismal de eleição popular, não possuem legitimidade absoluta para definirem a respeito das políticas públicas, e muito menos de irem de encontro com a vontade do legislador ordinário.

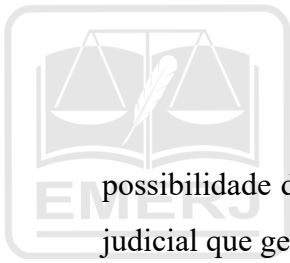
No trabalho realizado pelos juristas Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari, e Adriano Obach Lepper²⁴, foi-se feita a seguinte crítica a respeito do ativismo judicial brasileiro:

O aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados. Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão, não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião.

É frívolo o argumento justificativo da Corte Superior que resultou no entendimento de “taxatividade mitigada”, do rol do art. 1.015. Não se pode afirmar que a opção legislativa na escolha de um rol taxativo restritivo estaria infringido o direito fundamental do jurisdicionado à justiça.

Isto porque, conforme já se salientou, mesmo o rol do dispositivo referido ser taxativo restritivo, no caso de hipóteses de urgências ali não previstas, existiria a

²⁴STRECK, Lenio Luiz. TASSINARI, Clarissa. LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 5. Número especial. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>. Acesso em: 11 jul. 2019.



possibilidade do jurisdicionado impetrar um mandado de segurança, suspendendo o ato judicial que gerou referido dano irreparável a parte.

Desta forma, não resta-se dúvidas que não havia a necessidade do Poder Judiciário intervir ativamente no processo legislativo, vez que não haveria nenhum direito fundamental em risco.

O ativismo judicial, portanto, não pode ser utilizado como um clichê, sendo prerrogativa de utilização da arbitrariedade do judiciário, frente a vontade do legislador. Mesmo que o Poder Judiciário não concorde com o caminho sistemático processual tomado pelo legislador, não pode aquele se basear em fundamentos genéricos, e criar normas inexistentes, quando já existir regulamentação suficiente para concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

A decisão do juiz deve ser baseada em fundamentos normativos, e não em argumentos críticos e consequencialistas contrários, a ordem legislativa. Deve-se extinguir a ideia de “juiz-legislador”. O Poder Judiciário deve, sim, ser o concretizador de políticas públicas, quando houver uma defasagem na atuação do poder legislativo e executivo, e não criador de normas.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou como problemática principal a divergência existente no que tange as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. O embate materializou-se na análise a respeito da natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC, de forma a constatar assim se seria ou não cabível o agravo de instrumento nas hipóteses não previstas em lei.

Foi-se apresentado que o Código de Processo Civil de 2015 teve como objetivo principal criar um sistema de recorribilidade simples, retornando com uma estrutura aparentemente parecida com a do Código de Processo Civil de 1939. Isto, gerou grande alvoroço na comunidade jurídica, tendo em vista alguns acreditarem que estaria o legislador retrocedendo a época de um sistema jurídico anteriormente tido como falho.

Por conta disso, o judiciário, na forma da Corte Superior, se sentiu obrigado em modificar o sistema escolhido pelo legislador ordinário, criando assim uma hipótese de cabimento do agravo de instrumento, não prevista em lei.

Desta forma, entendeu o STJ no REsp nº 1.704.520 que o rol do art. 1.015 do CPC era de “taxatividade mitigada”. Sendo assim, nas hipóteses de urgência e

necessidade, não previstas expressamente em lei, poderia o jurisdicionado aplicar o agravo de instrumento, para ter o seu direito analisado em 2ª instância. Ou seja, em que pese o legislador ter previsto que o sistema recursal do agravo de instrumento seria taxativo, e somente aplicado nas hipóteses previstas em lei, o STJ decidiu ir em um caminho diametralmente oposto. Tal decisão teve como justificativa o direito fundamental do acesso a justiça, que nas hipóteses acima aventadas, foi-se entendido como inaplicável.

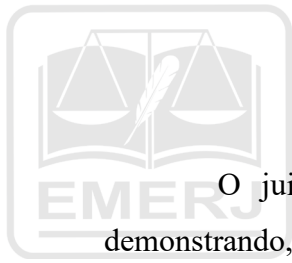
A pesquisa buscou criticar o ativismo judicial que se deu na presente decisão da Corte Superior. Foi demonstrado que na verdade o ativismo judicial somente deve ser utilizado quando houver uma falha de aplicabilidade dos direitos fundamentais, pelos outros dois poderes – legislativo e executivo.

A justificativa, dada pela Corte Superior, de que o direito fundamental ao acesso a justiça estaria sendo desrespeitado, nas hipóteses de decisões interlocutórias, não previstas em lei, que tratavam de assuntos urgentes e emergenciais, é frívolo. Buscou-se demonstrar que na verdade existem outros meios processuais, como por exemplo o mandado de segurança, que permitem ao jurisdicionado ter acesso a justiça imediata, nas hipóteses acima consubstanciada.

Criticou-se a utilização do ativismo judicial de forma arbitrária, apresentado que o seu uso excessivo e infundado, é a porta de entrada para a ruptura da separação dos três poderes, instaurado constitucionalmente como cláusula pétrea. O STJ com a sua nova decisão acabou por criar um sistema processual novo, diametralmente oposto aquele escolhido pelo legislador.

O ponto nevrálgico da pesquisa foi defender que a vontade do legislador ordinário deve ser respeitada, independentemente de ter sido esta positiva ou negativa. Sendo assim, nesta pesquisa adotou-se que as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento devem ser analisadas de forma taxativa, através de uma interpretação restritiva. Portanto, qualquer meio de interpretação hermenêutica que entenda pela aplicabilidade do recurso de agravo de instrumento, fora das hipóteses aventadas pelo legislador, expressamente em lei, devem ser repudiadas, sob pena de violar a vontade da lei, e por conseguinte o sistema de divisão de poderes.

Apesar de ser possível criticar a posição do legislador ao prever um sistema de recorribilidade taxativo e simplificado, não pode o judiciário ir de encontro com a vontade da lei, aplicando um sistema processual que melhor entenda ser cabível, quando não houver nenhum fundamento para tanto.



O juiz somente pode ser protagonista de políticas públicas quando for demonstrando, a efetiva ausência de ação na consecução destas, por parte dos outros dois poderes.

Sendo assim, é evidente que a única forma de interpretação correta das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, deve ser aquela inicialmente discutida e votada por quem possui legitimidade popular, para tanto. Caso posteriormente se entenda pela inaplicabilidade do sistema processual escolhido pelo legislador, deve a lei ser mudada. O que não pode é uma decisão judicial ser utilizado como meio de modificação legal, sob argumentos consequencialistas de inaplicabilidade do sistema processual escolhido.

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luís Roberto *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 11 jul. 2019.

BECKER, Rodrigo Frantz. *O rol taxativo (?) das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-rol-taxativo-de-hipoteses-do-agravo-de-instrumento-09062017>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 10*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no MS nº 17.857/DF*. Relator. Min Arnaldo Lima. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25693558&num_registro=201102834066&data=20121119&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.679.909*. Relator. Min. Luís Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79504603&num_registro=201701092223&data=20180201&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.695.936*. Relator. Min. Herman Benjamin. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78380650&num_registro=201702210316&data=20171219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.700.308*. Relator Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoas/toc.jsp?livre=RESP+1.700.308&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n° 1.704.520*. Relatora Min. Nancy Andrighi. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90981665&num_registro=201702719246&data=20181219&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 18 abr. 2019.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2019

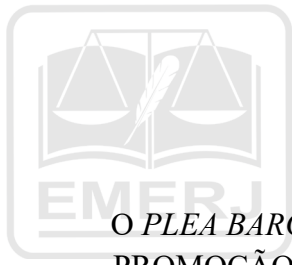
DELLORE, Luiz. *5 anos de tramitação e 20 inovações*. Jota, 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-5-anos-de-tramitacao-e-20-inovacoes-29122014>. Acesso em: 10 jul. 2019.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 15. ed. V. 3. Salvador: JusPodivm, 2018.

PEDRON. Flávio Quinaud. SAMPAIO Marina Fram Lima. *O Recurso de agravo de instrumento e a possibilidade de interpretação extensiva das suas hipóteses de cabimento conforme o CPC/2015*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.75.06.pdf. Acesso em: 7 jul. 2019.

STRECK. Lenio Luiz. TASSINARI. Clarissa. LEPPER. Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 5. Número especial. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>. Acesso em: 11 jul. 2019.

TUCCI. José Rogério Cruz. *Paradoxo da Corte: Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-18/paradoxo-corte-ampliacao-cabimento-recurso-deagravo-instrumento>. Acesso em: 18 abr. 2019.



O *PLEA BARGAINING* NO BRASIL: NOVO MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIAL COMO PROMOÇÃO DA EFICÁCIA E CELERIDADE NO PROCESSO PENAL SEM PREJUÍZO ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Thiago Nunes Sarpa

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-Graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – Alguns projetos de leis pretendem introduzir no Brasil o instituto do *Plea Bargaining* como um novo modelo de justiça penal consensual. Esses projetos de leis pretendem introduzir na lei esse novo instituto que estabelece acordos penais e de não-persecução criminal como forma de promover maior celeridade e eficácia ao processo penal brasileiro. Como trata-se de um instituto estrangeiro pertencente a *Common Law*, discute-se a possibilidade de compatibilidade do modelo com a constituição brasileira. A essência do trabalho é abordar os requisitos desse novo modelo proposto nos projetos lei, analisar o instituto e sua compatibilidade com sistema jurídico brasileiro, bem como verificar se o propósito desse novo modelo violaria garantias constitucionais do réu.

Palavras- Chave – Processo Penal. *Plea Bargaining*. Justiça negocial. Celeridade processual x Garantias constitucionais.

Súmarrio – Introdução. 1. O novo modelo de justiça negocial proposta no Brasil: Controvérsias e diferenças para outros modelos de justiça negocial, assim como para o *Plea Bargaining* nos EUA. 2. A implementação do *Plea Bargaining* no Brasil e a promoção da eficiência e celeridade no processo penal. 3. Da possibilidade do novo modelo de justiça negocial proposto sem violação às garantias fundamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a introdução de um novo modelo de justiça penal negocial no Brasil inspirada no modelo do *Plea Bargaining* dentro do contexto de ineficácia sistema processual penal.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a favor e contra a adoção do instituto a conseguir discutir se a introdução de um modelo inspirado no *Plea Bargaining* irá diminuir a inchaço de processos criminais sem prejudicar as garantias constitucionais do acusado.

Apesar das críticas, a introdução do *Plea Bargaining* apresentado nos projetos de lei prevê requisitos próprios que diferenciam dos outros modelos de justiça consensual e tem como escopo reduzir a morosidade do sistema processual penal no Brasil garantindo mais eficácia e celeridade no processo penal sem prejudicar as garantias fundamentais, o que favorece as seguintes reflexões: O modelo a ser introduzido no Brasil pode reduzir a

ineficácia do sistema processual penal, trazendo mais benefícios do que prejuízos aos acusados? Esse modelo proposto é capaz de violar às garantias fundamentais previstas na CRFB/88?

O tema controvertido tem sido demasiadamente debatido entre os juristas e merece atenção, uma vez que é uma mudança significativa no código de processo penal e que repercute nas garantias constitucionais do acusado.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar as diferenças do novo modelo de justiça negocial proposto nos projetos de lei do *Plea Bargaining* utilizado nos EUA, bem como a diferença para outros modelos de justiça negocial penal existentes no Brasil, como a delação premiada, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Pretende-se, ainda, analisar os requisitos da proposta de introdução desse modelo inspirado no *Plea Bargaining* despertando atenção para a capacidade desse modelo em reduzir a morosidade da justiça criminal promovendo maior eficácia e celeridade ao processo penal sem prejudicar as garantias constitucionais.

Inicia-se o primeiro capítulo estabelecendo a diferença do novo modelo de justiça negocial proposto da delação premiada, da transação penal, da suspensão condicional do processo, bem como do *Plea Bargaining* adotado nos EUA.

Segue-se ponderando no segundo capítulo os requisitos legais próprios do modelo proposto no Brasil, bem como o seu objetivo principal de reduzir o inchaço do sistema processual penal, trazendo maior celeridade ao sistema e conseqüentemente benefícios aos acusados.

O terceiro capítulo visa analisar, bem como defender, dentro do limite, a possibilidade da introdução do modelo de justiça negocial inspirado no *Plea Bargaining* com regras própria balizadas no sistema jurídico brasileiro e com atuação do magistrado, de modo que traga eficácia e celeridade ao processo penal sem que haja violação às 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, bem como pelo método comparativo, pois o pesquisador pretende comparar o objeto da pesquisa com outros institutos.

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 NOVO MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIAL PROPOSTA NO BRASIL: CONTROVÉRSIAS E DIFERENÇAS PARA OUTROS MODELOS DE JUSTIÇA NEGOCIAL, ASSIM COMO PARA O PLEA BARGAINING NOS EUA

Nos últimos anos, diante do aumento das infrações penais e da insuficiência dos órgãos do sistema processual penal em atender todas as demandas criminais, o Estado, a partir da década de 90, principalmente com a legislação do juizado especial criminal, passou a adotar um método de justiça negociada para crimes de menor gravidade permitindo, assim, uma economia processual e uma justiça mais eficiente.

A mudança legislativa que permitiu a introdução da justiça criminal negociada, ocorrida a partir da década de 90 no Brasil teve como grande inspiração o *Plea Bargaining*, instituto originário do sistema da *common law* utilizado principalmente nos EUA. O *Plea Bargaining* basicamente se traduz em um acordo entre acusação e defesa em que o acusado confessa os fatos imputados a ele em troca de benefícios penais, tais como a redução da pena ou até mesmo do número de acusações. Inspirado nesse sistema, mas adequando ao sistema da *civil law*, o Brasil pretende ampliar o instituto da justiça consensual com espoco de satisfazer a grande demanda criminal que afeta o país.

O novo projeto de solução negociada proposto no projeto de Lei nº 8045/2010 ¹e principalmente no projeto de Lei nº 1864, de 2019², tem como finalidade tornar as ações penais mais céleres de modo que torne o sistema processual penal brasileiro mais eficaz e mais benéfico ao réu, evitando, assim, prejuízos às garantias constitucionais do réu, como a duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana.

Apesar das semelhanças, principalmente quanto à finalidade, o novo modelo de justiça consensual proposto, difere dos outros modelos já introduzidos no Brasil, como a transação penal, a suspensão condicional do processo e a delação premiada.

Tanto a transação penal quanto a suspensão condicional do processo estão previstas na Lei nº 9099/95 ³e são medidas despenalizadoras, pois evitam a pena privativa de liberdade nos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, nos crimes em que a pena máxima não ultrapassa dois anos.

¹ BRASIL. *Projeto de Lei nº 8045*, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> Acesso em: 20 jan. 2019.

² BRASIL *Projeto de Lei nº 1864*, de 29 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136033>> Acesso em: 12 ago. 2019.

³ BRASIL *Lei nº 9099*, de 23 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em: 13 mar. 2019.

A transação penal, embora seja um acordo, segundo Rosimeire Ventura,⁴ difere do *Plea Bargaining*, pois além de ser aplicada para crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, não exige a admissão de culpa dos fatos ou da culpabilidade. Além disso, a transação penal não gera consequências negativas nos antecedentes criminais, nem importa em pena privativa de liberdade, pois a transação penal como medida despenalizadora, é um instituto que privilegia a aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multa.

Diferentemente da transação penal, o *Plea Bargaining* proposto no Brasil é aplicado também para crimes mais graves, além de se exigir a confissão do acusado. Ademais, o novo modelo proposto implica em efeitos negativos nos antecedentes criminais, uma vez que não se trata de uma medida despenalizadora, mas sim de um acordo de não persecução criminal.⁵

Também prevista na Lei nº 9099/95, a suspensão condicional do processo é outro modelo de justiça negocial, mas que se difere da transação e do modelo inspirado no *Plea Bargaining* proposto nos projetos de lei. A suspensão condicional processo é aplicada para crimes cuja mínima seja igual ou inferior a um ano, desde que o beneficiado não esteja respondendo outra ação penal e que seja réu primário.

A suspensão do processo objetiva beneficiar os acusados que não tem com o crime uma relação eventual no seguimento de suas vidas, ou seja, pessoas sem antecedentes criminais que praticaram, eventualmente, um crime leve ou uma contravenção penal e optam por cumprir certas medidas restritivas de direito imposta pelo magistrado para não se sujeitar a um processo criminal. Esse modelo de justiça consensual visa tutelar os interesses da sociedade e ao mesmo tempo preservar os acusados primários de modo que não sofram os efeitos negativos da persecução criminal.

Portanto, diferentemente da transação penal e do *Plea Bargaining*, a suspensão condicional do processo visa aplicar medidas e não penas. Segundo professor Luiz Flávio Gomes⁶, enquanto na suspensão do processo há uma conformidade exclusivamente processual, na transação há uma “conformidade penal”. Ademais, outras características que diferenciam a suspensão do processo com o novo modelo inspirado no *Plea Bargaining*, é que na suspensão não se exige a confissão de culpa, nem mesmo dos fatos, como também não traz

⁴ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, pag. 147 – 149, 2009.

⁵ Projeto de Lei nº 8045/2010, artigo 283 e projeto de lei 1864 de 2019 que pretende incluir artigo 28 – A e 385 – A no Código de Processo Penal.

⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García Pablos de. *Introdução às bases criminológicas da Lei nº 9099/95: Lei dos juizados especiais criminais*. Criminologia. 5. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, p.438 - 496, 2006.

efeitos negativos para os antecedentes criminais, pois o acusado não assume a responsabilidade pelos fatos praticados.

Outro modelo de justiça criminal consensual existente no Brasil é a delação premiada, prevista nos artigos 4^a a 7^a da Lei n.º. 12.850/13⁷. A principal diferença entre o novo modelo de justiça consensual proposto e a delação premiada é que esta é um meio de obtenção de prova, enquanto o *Plea Bargaining* a ser introduzido no Brasil como novo modelo de justiça criminal consensual tem por finalidade a resolução dos processos criminais de forma mais célere e eficaz.

Para Canotilho e Brandão,⁸ a delação premiada, como expressa na lei de organização criminosa, é um meio de obtenção de prova em que pressupõe uma delação de algum integrante de uma organização criminosa em que se revela crimes e outros criminosos que estejam relacionados com a organização criminosa, mediante uma promessa do Estado ou benefícios penais. Portanto, a delação premiada é um meio de obtenção de prova segmentado apenas no âmbito da organização criminosa. A delação, por si só, não basta para se obter o benefício penal, necessita-se que esteja aliada a um conjunto probatório harmônico. O *Plea Bargaining* a ser introduzido no Brasil, ao contrário, com a própria confissão já será suficiente para obtenção do benefício penal.

No sistema jurídico dos EUA antes mesmo do recebimento da acusação há uma audiência preliminar em que o acusado é chamado para manifestar-se acerca da acusação. Nesta manifestação, o acusado pode se declarar culpado - *guilty Plea* -, pode se declarar inocente - *not guilty plea* - seguindo o curso normal do processo importando em julgamento completo - *full trial* - ou não impugnar a acusação, mas sem admitir culpa - *nolo contendere* - . Tanto a *guilty plea* como o *nolo contendere* importam em extinção do processo e imposição imediata de pena, pois ao contrário da *civil law*, onde a confissão é apenas uma prova em um conjunto, na *common law*, o acusado ao se declarar culpado é imediatamente sentenciado sem necessidade de um processo instrutório. Segundo Carlo Velho Masi,⁹ antes de se chegar essa declaração, no entanto, a promotoria poderá negociar um acordo com a defesa. Este acordo é o que se chama de *plea bargaining*, o qual o acusado reconhece sua culpa na acusação e

⁷ BRASIL., Lei n.º 12850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm> Acesso em: 25 mar. 2019.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava jato. Portugal, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 146º nº 4000, set-out, p. 22 -23, 2016.

⁹ MASI, Velho Carlo. *A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano*. Jun. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>> Acesso em: 22 abr. 2019.

recebe um benefício penal. O *Plea Bargaining* normalmente está vinculado à *guilty plea*, ou seja, o acusado reconhece sua culpa em uma acusação menos grave ou em apenas uma acusação dentre várias, no entanto, poderá haver outros tipos de acordo como a *guilty as charged* em que o acusado reconhece a culpa nos exatos termos da proposta da acusação, porém com uma recomendação de pena mais branda por parte da promotoria.

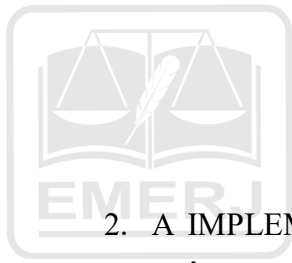
Essa ampla disponibilidade da ação aliado a ampla discricionariedade do órgão acusador é a marca do *Plea Bargaining* difundido no processo penal americano que difere totalmente do sistema processual brasileiro. A diferença do *Plea Bargaining* dos EUA para o novo modelo de justiça negociada proposto em ambos os projetos de lei é que no processo penal americano, como visto, os órgãos responsáveis pela acusação estão inseridos no poder executivo, dessa forma a acusação possui ampla discricionariedade para formar o acordo tornando o magistrado um mero expectador do processo de negociação. No modelo proposto no Brasil, o órgão acusador é representado pelo Ministério Público, que é dotado de imparcialidade e suas decisões estarão sujeitas ao controle do poder judiciário, pois toda discricionariedade e os requisitos da proposta estarão regulamentados em lei.¹⁰

Outro fator importante na diferença entre os modelos é que para evitar propostas coercitivas da acusação o acordo é previsto após a imputação do crime e do recebimento da denúncia. O responsável pela acusação deverá demonstrar justa causa para deflagração de uma ação penal devidamente instruída. Dessa forma, o juiz poderá avaliar se há elementos mínimos para instauração do processo e se o acordo estará sendo firmado de forma voluntária pelo acusado, evitando, assim, o excesso acusatório tão criticado nos EUA.

Portanto, embora haja inspiração do *Plea Bargaining* dos EUA, nota-se que os projetos de lei visam implementar um modelo de justiça negocial com características próprias da *civil law*, em que há regulamentação da discricionariedade na atuação do órgão julgador e controle jurisdicional da culpa e da pena a ser imposta, permitindo, no entanto, o benefício da redução de pena por força do acordo firmado entre acusação e defesa dentro dos limites legais.

Assim, não há falar em arbitrariedades e violação à presunção de inocência, à vedação à autoincriminação, à ampla defesa, bem como supostos abusos e coações por parte do órgão julgador, uma vez que todo acordo seja o de não persecução – penal, como o acordo processual de redução de pena, sofrerão um controle jurisdicional.

¹⁰ BRASIL, op. cit, nota 2. Na Lei nº 1864 de 2019, os arts. 395 – A §6 e §7 e 28 – A §4 e §7 apresentam a seguinte redação: “Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o investigado na presença do seu defensor.”



2. A IMPLEMENTAÇÃO DO *PLEA BARGAINING* NO BRASIL E A PROMOÇÃO DA EFICIÊNCIA E CELERIDADE NO PROCESSO PENAL

Como visto, o projeto de Lei nº 8045/2010 ¹¹e, principalmente o projeto *Lei nº 1864*, de 2019 ¹²pretendem ampliar o instrumento das soluções negociadas no Brasil adaptando o modelo do *Plea Bargaining* ao sistema jurídico da *civil law* com objetivo de promover a eficiência e a celeridade do processo penal brasileiro, sem que, contudo, haja o estrangulamento das garantias constitucionais dos acusados.

A necessidade de se promover um processo criminal com mais celeridade e maior eficiência é evidente quando se analisam os números dos processos criminais baixados no poder judiciário, principalmente em âmbito de primeiro grau, momento em que é feita a instrução criminal e em muitos casos o acusado permanece em prisão preventiva aguardando o tramite processual, que muitas vezes se torna excessivo.

De acordo com relatório denominado *Justiça em Números 2018* ¹³- ano base 2017 - divulgado pelo CNJ, os processos criminais pendentes em primeiro grau superam todos os demais. Segundo a pesquisa, a ação criminal demora cerca de 30% mais até ser baixada na fase de conhecimento do que uma causa de outro tipo. Já no âmbito dos tribunais, a baixa de uma ação criminal é bem menor do que as demais, o que denota a morosidade do sistema penal brasileiro

O novo modelo de solução negociada se divide em um acordo de não-persecução penal - Art. 28-A – e um acordo penal – Art. 395- A. No acordo de não-persecução penal haverá um acordo entre o órgão acusador e o acusado quando o crime for sem violência ou grave ameaça e a pena máxima não ultrapassar quatro anos, situação em que o acusado confessa a imputação que lhe é atribuída e o membro do ministério público lhe impõe uma pena alternativa diversa da pena privativa de liberdade sem a necessidade, portanto, da prestação jurisdicional por meio de um processo penal que normalmente é moroso, custoso e desgastante para o acusado.

Já o acordo penal consiste em o acusado aceitar desde logo as penas previstas para o crime que praticou independente de sua natureza, em contrapartida poderá ser beneficiado com uma redução de pena até a metade, além da alteração no regime de cumprimento de pena

¹¹ BRASIL, op.cit, nota 2.

¹² BRASIL, op.cit, nota 3.

¹³ CNJ. *Justiça em números 2018* (ano base 2017). Conselho Nacional de Justiça. Brasília. 14 ed.. Pag. 152 – 157. Jan. 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisa-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acesso em: 8 jun. 2019.

ou até mesmo com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, desde que haja a confissão do crime, a dispensa da produção de provas e a renúncia ao direito de recorrer.

Tanto o acordo de não-persecução penal, quanto o acordo penal, deverão ser homologados pelo juiz que examinará a proposta formulada e negará, se for o caso, propostas ilegais ou desproporcionais que denotem algum tipo de coação sofrida pelo acusado. Portanto, no modelo de solução negociada propostos, diferente da *comow law*, o juiz não está vinculado aos termos da proposta formulada, cabendo a ele examinar, negar, homologar ou defini-la.

Ao analisar os dispositivos que pretendem ser introduzidos ao código de processo penal – art. 28-A e art. 395-A¹⁴-, é possível perceber a proposta de adaptar o modelo do *Plea Bargaining* ao ordenamento jurídico brasileiro com intuito de gerar maior economia e agilidade no processo penal.

É cediço, a necessidade de maior celeridade e eficiência no processo penal brasileiro. A morosidade na tramitação dos processos, a excessiva criminalização gerada pela inflação de leis penais em conjunto com a sensação comum da impunidade e com as severas críticas de um direito penal seletivo, marcam a crise do sistema penal brasileiro. Como resposta a essa crise surgiram os modelos de solução negociada como a transação penal, a suspensão condicional do processo e até mesmo a colaboração premiada. Neste momento, a proposta de introdução de um novo modelo de solução negociada inspirada no *Plea Bargaining* surge como forma de ampliar a justiça consensual, que no Brasil já é uma realidade.

Segundo Vitor Hugo de Azevedo¹⁵, é preciso defender a implementação do *Plea Bargaining*, pois o modelo proposto pelo governo já contempla as adaptações necessárias ao sistema penal brasileiro. Para ele, além de promover maior efetividade ao processo penal, o novo instituto representa uma economia processual como também uma redução na morosidade do sistema penal, na medida em que garante tempo e estrutura razoáveis aos processos e assegura resultados mais rápidos e mais eficientes, gerando, sobretudo, uma redução no índice de impunidade e possibilita um sistema penal mais eficiente e célere.

É inegável que a adoção do *Plea Bargaining* no Brasil, adaptado ao modo de controle jurisdicional a que se propõe, possibilitará um processo penal mais eficiente e célere, na medida em que a tramitação dos processos será mais ágil resolvendo acordos que demoram meses em apenas algumas horas. Haverá uma grande economia processual, evitando-se

¹⁴ BRASIL, op.cit., nota 3.

¹⁵ AZEVEDO, Hugo Vitor de. *Plea Bargain*: sem medo de propor uma Justiça moderna, mais ágil e efetiva. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2355-plea-bargain-sem-medo-de-propor-uma-justica-moderna-mais-agil-e-efetiva.html>>. Acesso em: 16 jul. 2019.



juízos custosos e conseqüentemente um esvaziamento nas prisões, uma vez que com a redução de penas a rotatividade de presos aumentará devido a redução da permanência dos réus nos presídios. Além disso, outras vantagens podem ser observadas: o encerramento rápido dos casos, o réu que aguardar julgamento preso preventivamente poderá lidar com as conseqüências do seu crime imediatamente. Outrossim, as vítimas e testemunhas poderão escapar do trauma de prestar depoimento em juízo e reviver os fatos negativos.

Muitos críticos do modelo do *Plea Bargaining* alegam que por ser um instituto americano, ou seja, derivado da *comow law*, seria incompatível com o sistema da *civil law*, e, portanto, haveria uma série de inconstitucionalidades na aplicação deste modelo no Brasil. No entanto, tal argumento não merece prosperar, uma vez que impossível negar a influência de outros institutos estrangeiros em nosso ordenamento jurídico que contribuem para formação de um direito moderno e mais eficiente.

Segundo Anderson de Paiva Gabriel¹⁶, assim como o individuo se desenvolve e se torna independente de seus pais, tomando para si personalidade própria, o Brasil, no âmbito de sua maturidade jurídica após 200 anos de sua independência, necessita evoluir e acolher experiências do direito americano para adequar institutos próprios a uma nova realidade e, assim, contribuir para o desenvolvimento da Pátria.

Dessa forma, observa-se que a adoção de mais uma forma de justiça criminal consensual, devidamente regulamentada, proporcionaria inúmeros benefícios para justiça criminal brasileira. O acordo de não persecução criminal ou o acordo após a denúncia proporciona a solução do caso de forma mais rápida, proporciona a delação de outras pessoas envolvidas no delito, além de ser benéfico para acusado, na medida em que poderá ter sua pena diminuída, receber perdão judicial e obter um resultado prático do seu processo em tempo razoável. Além disso, a propositura do acordo gera uma redução de risco recíproco, tendo em vista que o réu, caso não opte pelo acordo, pode sofrer uma pena mais grave, enquanto a acusação corre o risco de haver uma absolvição por falta de provas, o que poderia gerar uma impunidade de um delito.

Por sua vez, a sociedade também é a grande beneficiada com a introdução de outro tipo de solução criminal negociada, pois com a redução de várias etapas do processo e dos inúmeros recursos procrastinatórios, tem-se uma redução drástica nos altos custos da justiça

¹⁶ GABRIEL, Anderson Paiva. *O contraditório participativo no processo penal: Uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição*. Rio de Janeiro: Gramma, p. 21-31, 2017.

criminal que normalmente demanda tempo e é sobrecarregada com a quantidade excessiva de processos criminais.

Segundo Luiz Flávio Gomes,¹⁷ a adoção do *Plea Bargaining* significa otimizar o sistema processual penal brasileiro, ou seja, utilizar o processo criminal de forma mais efetiva, mais veloz e com intuito de humanizar a vítima e o próprio réu, na medida em que o acordo possibilita a aplicação de penas alternativas, reservando as penas de prisão para os crimes mais graves, principalmente aqueles decorrentes de violência ou de organizações criminosas. Além disso, o *Plea Bargaining* não gera custos ao poder judiciário, sendo um excelente instrumento processual para reduzir o custo dos cofres públicos e da morosidade da justiça penal, sem prejudicar as garantias do autor do crime.

Portanto, é inevitável que com a adoção do *Plea Bargaining*, devidamente regulamentado á luz da constituição brasileira, de modo a preservar as garantias constitucionais do acusa ou réu, o sistema criminal brasileiro será otimizado tornando-se mais célere e eficaz.

3. DA POSSIBILIDADE DO NOVO MODELO DE JUSTIÇA NEGOCIAL PROPOSTO SEM VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O surgimento da possibilidade de implementar um novo modelo de justiça penal consensual, inspirado no *Plea Bargaining*, causa grande temor entre os operadores do direito, principalmente na esfera penal. Há, ainda, uma grande resistência por parte da doutrina e de advogados criminais quanto à implementação de mais um modelo de solução negociada na esfera criminal, mormente o modelo ser inspirado em instituto próprio da *Common Law*.

A resistência dos críticos da introdução do novo modelo de justiça negociada baseia-se no argumento de que um acordo inspirado em instituto aplicado na *Common Law* não teria compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro que adota o sistema da *Civil Law*. Ademais, a crítica principal ao instituto se funda na regulamentação do novo modelo no Código Penal Brasileiro. Tal regulamentação, para os críticos, seria uma afronta à Constituição da República, na medida em que violaria uma série de garantias constitucionais consideradas fundamentais para o acusado, tais quais, a vedação à autoincriminação, violação à presunção de inocência, violação à ampla defesa e o devido processo legal. Além disso, o

¹⁷ GOMES Flávio Luiz. *Moro sugere “plea bargain” no Brasil. Que é isso? É possível? Seria uma revolução?*. São Paulo: Luiz Flávio Gomes, 2019, [e-book].



novo modelo pode gerar uma coerção no acusado, que se vê obrigado a aceitar um acordo penal ou um de não persecução-penal, tendo a ampla discricionariedade do acusador.

Apesar de ser um grande crítico da introdução do *Plea Bargaining* no Brasil Lênio Streck¹⁸ entende que, sendo inevitável a introdução do referido modelo no ordenamento jurídico, deve ser feito de forma séria, de modo a respeitar todas as garantias constitucionais. Ele sugere que o novo modelo deve ter salvaguardas, mormente em relação ao Ministério Público, ou seja, o membro do órgão acusador deve agir imparcialmente igual ao magistrado e não de forma estratégica. Neste sentido, o novo modelo deve prever um dispositivo que obrigue o membro acusador a trazer nos autos do processo todos os elementos favoráveis à defesa, de modo que iguale a situação das partes e evite o abuso do poder.

Outra crítica bastante tecida pelos críticos à introdução do *Plea Bargaining* no Brasil que fortalece a resistência à adoção do novo modelo de justiça negocial é que além da violação às garantias constitucionais do acusado e de uma possível coerção por parte do órgão julgador, a vítima do delito, que não participa dos acordos, ficaria com um sentimento de desilusão com relação a justiça penal, uma vez que aceito o acordo, o acusado pode cumprir uma pena mais branda, gerando, assim, uma presunção de impunidade e de ineficiência da justiça criminal por parte da sociedade.

Embora haja crítica em relação ao novo modelo de justiça consensual, é possível perceber que sua introdução, se for regulamentado de forma correta, compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, não violará garantias constitucionais do acusado e será plenamente compatível com nosso sistema jurídico.

A introdução do *Plea Bargaining* na forma proposta no Brasil não fere o princípio da autoincriminação, sendo compatível com a Constituição da República, na medida em que a própria constituição não veda a autoincriminação de forma absoluta. A autoincriminação espontânea não é inconstitucional, pois se fosse, a confissão espontânea também seria inconstitucional, e evidentemente não é, uma vez que é utilizada em vários casos como atenuante da pena. Portanto, havendo legislação expressa no acordo da possibilidade de confissão do acusado em troca de algum benefício, é fato que não haverá inconstitucionalidade, muito menos violação da autoincriminação, uma vez que o acordo tem como proposta a simples confissão espontânea do acusado.

¹⁸ STRECK, Lênio. *Senso incomum*: Uma proposta séria para fazer a plea bargain a sério!, fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/senso-incomum-proposta-seria-plea-bargain-serio>> Acesso em: 10 set. 2019.

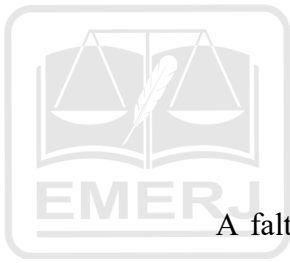
Ademais, sustenta Luiz Flávio Gomes¹⁹, que a confissão isolada não permite o acordo, pelo simples fato do dever da confissão estar amparada com outras provas aptas a derrubar o princípio constitucional da presunção da inocência. Desse modo, a confissão deve ser integral, estar em um conjunto probatório que lhe dê suporte e deve ser obtida por meio de gravação na presença de advogado.

É importante entender que o *Plea Bargaining*, ao ser introduzido no Brasil como uma nova proposta de justiça consensual no sistema processual penal, também oferece garantias ao acusado de forma que seus direitos constitucionais, como o contraditório e ampla defesa não sejam violados. Diante de um acordo de barganha, é inadmissível que o acusado esteja preso preventivamente ou temporariamente, de modo que sua restrição de liberdade pode acarretar em algum tipo de coação para aceitar qualquer tipo de acordo. É imprescindível também a presença de advogado ou defensor público que assegure a legalidade do acordo e ateste algum tipo de benefício que o acusado terá caso aceite o acordo. Além disso, em todos os modelos de justiça consensual propostos no Brasil o acordo celebrado entre a defesa e o órgão acusador será analisado pelo juiz e caso este verifique algum vício, o acordo será anulado.

Portanto, para que o acordo penal ou o de não persecução – criminal seja válido, será analisado pelo juiz que verificando não haver nenhum tipo de vício, homologará, evitando assim, qualquer tipo de coação contra o acusado. O juiz ao analisar o acordo deverá atestar que não houve nenhum tipo de vício, se o acordo é razoável e proporcional aos fatos e se está dentro dos limites legais. O acusado, por sua vez, não está impedido de abrir mão de algumas garantias fundamentais desde que o acordo traga benefícios a ele, conforme orientação do seu defensor público ou advogado. É, na verdade, um sistema de duplo benefício que promove mais eficácia ao processo penal e garante benefícios aos acusados que aceitarem os acordos, como penas menores, penas alternativas ou melhores condições no regime prisional.

Nesse caso, o novo modelo de justiça consensual não viola o princípio do contraditório, uma vez que o juiz deve apreciar se o acusado encontra-se com suas faculdades mentais plenas, se ele foi orientado pela defesa técnica e se tem consciência das consequências do acordo e da voluntariedade do ato. Assim, o acusado não estará desamparado de suas garantias constitucionais, tendo em vista que o acordo deverá observar o cumprimento de todos os procedimentos formais e garantir a espontaneidade dele, acusado.

¹⁹ GOMES, op.cit., p. 31



A falta de controle jurisdicional e a incompatibilidade com o sistema da *Civil Law* são os principais argumentos utilizados pela resistência à introdução do novo modelo de justiça penal consensual. No entanto, Luiz Flávio Gomes²⁰ diverge entendendo que o acordo penal estabelecido entre a defesa e o órgão julgador não violará a constituição, uma vez que após a negociação, o acordo passará pelo controle jurisdicional. Sem a homologação do juiz, o acordo não terá validade jurídica, portanto, a adoção do *Plea Bargaining* no Brasil poderá ser compatibilizada com o sistema jurídico brasileiro e com o Estado democrático de Direito.

Neste sentido, ainda sustenta Luiz Flávio Gomes²¹ que o modelo proposto não é um “*fast food*” para superlotação dos presídios brasileiros, pelo contrário, pode ser um instrumento de descarcerização do sistema penal brasileiro, na medida em que o acordo traz como benefícios aos acusados que aceitem os acordos penas mais brandas e medidas alternativas, tais como a obrigatoriedade de frequentar cursos de cunho educacional, de modo a reservar a prisão apenas aos delitos de maior gravidade.

De fato, a introdução de um novo modelo de justiça consensual mormente na área penal causa preocupações entre os juristas, uma vez que a constituição apresenta uma série de garantias para os acusados, de modo a evitar possíveis abusos e arbitrariedades por parte do membro acusador e do julgador. No entanto, há de se analisar as possíveis transformações que o direito pode proporcionar, pois a introdução de mecanismos processuais consensuais traz segurança jurídica, sensação de punibilidade e melhores condições ao réu, no sentido de evitar processos longos, desgastes emocionais, desperdício de recursos no judiciário, sem violar qualquer garantia constitucional do indivíduo.

Tanto a transação penal, como a suspensão condicional do processo, são institutos que causaram impactos positivos no sistema processual brasileiro, de modo que reduziu os gastos e o tempo com a máquina processual gerando mais eficácia e celeridade nos processos de crimes de menor potencial ofensivo. De toda sorte, estes institutos garantem a punibilidade, se for o caso, dos acusados sem degradar as suas dignidades, promovendo uma solução rápida e adequada aos fatos praticados.

Portanto, o *Plea Bargaining* no Brasil surge com o mesmo intuito, procurando se adequar à realidade brasileira para gerar mais eficácia e celeridade ao processo penal e ao mesmo tempo se preocupando com as garantias constitucionais dos acusados. É mais um modo de evoluir a forma que lidamos com o processo penal, no sentido de facilitar a atuação do poder judiciário e garantir que os acusados tenham maior dignidade e liberdade nos

²⁰ GOMES, op. cit., p. 46.

²¹ Ibid., p. 35-36.

processos criminais, de forma que possam escolher as melhores soluções para seus casos sem se prejudicarem e sem massificar a estrutura do sistema processual.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa apresentou, como problemática essencial, o enfrentamento entre o possível aumento da eficácia e da celeridade no sistema processual penal e as garantias constitucionais, em razão da proposta de adotar no Brasil um novo modelo de justiça penal consensual inspirada no *Plea Bargainig*.

De um lado surge os que defendem a proposta de introduzir o *Plea Bargaining* no Brasil como novo modelo negocial penal, com fundamento no princípio da celeridade e com a eficácia do processo penal; de outro, os que criticam a proposta sob o fundamento de que o instituto não tem compatibilidade com o sistema jurídico da *Civil Law*, como também viola garantias constitucionais do réu, como a presunção de inocência, a vedação da autoincriminação, a ampla defesa e o devido processo legal.

Fruto das reflexões fundamentadas, como também dos distintos projetos de leis que propõem o modelo inspirado no *Plea Bargaining*, desenvolvidos ao longo da pesquisa, foi possível concluir que a proposta de um novo tipo de justiça penal consensual tem inspiração no *Plea Bargaining*, mas não se trata de uma cópia do instituto americano, pois como foi apresentado nos capítulos, o modelo proposto determina uma participação do juiz na aplicação do acordo, como um garantidor dos direitos do réu, adequando, assim, ao sistema jurídico da *Civil Law*.

Na prática, é possível perceber que o sistema processual penal está inchado, ineficaz, com quantidade de processos criminais que se alongam demasiadamente, tornando a justiça penal extremamente morosa tanto para o réu que espera uma solução rápida quanto para a sociedade que espera a certeza da justiça.

O entendimento a que chegou este pesquisador é no sentido de que a introdução do *Plea Bargaining* no Brasil significa criar mais um tipo de solução negociada na esfera penal, como as já existentes na lei brasileira, como forma de promover mais eficácia no sistema processual penal, tornando - menos moroso. Entendeu-se também, que os modelos propostos não violam às garantias constitucionais do réu, na medida em que que é garantido a participação do juiz nos acordos como forma de controle judicial para garantir a imparcialidade do órgão acusador e o Estado Democrático de Direito.



Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que o novo modelo de justiça consensual inspirado no *Plea Bargaining* possui compatibilidade constitucional e não viola as garantias constitucionais do réu, devendo, no entanto, preocupar-se com o controle judicial dos acordos para evitar possível discricionariedade do órgão acusador e soluções arbitrárias.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, de Hugo Vitor. *Plea Bargain: sem medo de propor uma Justiça moderna, mais ágil e efetiva*. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2355-plea-bargain-sem-medo-de-propor-uma-justica-moderna-mais-agil-e-efetiva.html>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 8045*, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> Acesso em: 20 jan. 2019.

_____. *Projeto de Lei nº 1864*, de 29 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136033>> Acesso em: 12 ago. 2019.

_____. *Lei nº 9099*, de 23 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em: 13 mar. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava jato. Portugal, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 146º nº 4000, set-out, p. 22 - 23, 2016.

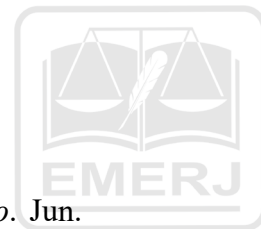
CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2018* (ano base 2017). Brasília. 14 ed.. Jan. 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisa-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acesso em: 8 jun. 2019.

GABRIEL, Anderson Paiva. *O contraditório participativo no processo penal: Uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição*. Rio de Janeiro: Gramma, Dez. 2017.

GOMES, Flávio Luiz. *Moro sugere “plea bargain” no Brasil. Que é isso? É possível? Seria uma revolução?..* São Paulo: Luiz Flávio Gomes, 2019, [e-book].

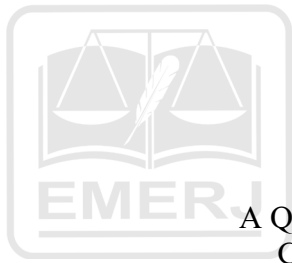
GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García Pablos de. *Introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95: Lei dos juizados especiais criminais*. Criminologia. 5. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, , 2009.



MASI, Velho Carlo. *A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano*. Jun. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>> Acesso em: 22 mar. 2019

STRECK, Lênio. *Senso incomum: Uma proposta séria para fazer a plea bargain a sério!*, fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/senso-incomum-proposta-seria-plea-bargain-serio>> Acesso em: 10 set. 2019.



A QUEM PERTENCE A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE O QUE É MATÉRIA CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tiago do Valle Janke

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – Deveres, direitos e garantias fundamentais estão sendo rediscutidos no panorama atual da era da informação/desinformação; e o conteúdo acessado nem sempre é confiável ou filtrado pelo usuário e assim forças políticas conservadoras disputam a voz na modificação e interpretação da ordem constitucional vigente, movidas pela polarização política no Brasil recente. Portanto, se torna primordial entender a quem cabe a última palavra acerca da modificação e interpretação da Constituição do Brasil.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Poder Constituinte Originário. Manifestação.

Sumário – Introdução. 1. Poder Constituinte: origem, classificação e titularidade. 2. Formas de manifestação do Poder Constituinte através dos três poderes. 3. Os anseios por uma nova constituinte. A quem cabe modificar e interpretar a ordem constitucional vigente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A era da informação trouxe seus avanços e retrocessos sociais, uma grande maioria da população desfruta de acesso imediato ao conhecimento, entretanto a desinformação também é desenfreada. Isso se dá em razão de que a qualidade do conteúdo acessado na internet é filtrada pelo próprio usuário, que nem sempre é capaz desempenhar essa tarefa, acessando e reproduzindo conteúdos de procedência duvidosa e sem qualquer embasamento técnico científico.

Dessa forma os direitos e garantias constitucionais voltam a ser rediscutidos e relativizados por forças políticas e econômicas que visam a relativização dos direitos conquistados pela carta cidadã. Esse movimento não é novo, e o cenário político é sempre movimentado por forças antagônicas que defendem espectros distintos de concepção sobre deveres, direitos e garantias a serem assegurados na Constituição. O que torna o momento histórico único desde a Constituinte de 1988 é que pela primeira vez predomina uma ideologia relativista, revisora e restritiva das proteções do texto Constitucional na sociedade e com partidários nos três poderes da República.

Haja em vista esse momento histórico tão delicado, a sociedade encontra-se dividida, assombrada pela corrupção, fantasmas imaginários de comunismo, volta da ditadura e ameaças reais como a atual crise econômica brasileira, o desemprego e projeções de uma crise econômica mundial

no horizonte próximo. Além disso, a população é bombardeada pela mídia e pelo poder público com a ideia de revisar direitos, mesmos os constitucionalmente garantidos, em favor de um dinamismo econômico em oposição a ideia da defesa e reafirmação dos valores da Constituinte de 1988.

Não obstante, o judiciário vive sua era de expansão global, fenômeno derivado da perspectiva de que a as Constituições escritas exigiriam apenas um único intérprete, colocando o STF com supremacia judicial sobre a Constituição, mas, ao mesmo tempo, o tornando objeto frequente da influência política dos demais poderes no intuito de concretizarem suas investidas aos direitos fundamentais com aval da Suprema Corte, que em tese não teria condições de reagir e seria intimidada por tais investidas.

Assim, é de suma importância o fomento da discussão sobre a relativização ou reafirmação da Constituição através da análise sobre quem de fato detêm o poder Constituinte em seu mais amplo espectro, e a quem pertence a última palavra sobre o que é a Constituição, com o objetivo de conferir legitimidade ao caminho que a sociedade brasileira deseja trilhar em direção ao futuro.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando origem histórica da teoria constitucional, a visão inicial de como se dá a manifestação do poder constituinte e seus limites, bem como sua influência na materialização da ordem constitucional brasileira.

No segundo capítulo procuramos elucidar a manifestação desse poder no ordenamento nacional através dos três poderes da República, atentando para o princípio da separação dos poderes, os valores democráticos e a teoria de freios e contrapesos.

O terceiro capítulo pesquisa a relação intrínseca do poder constituinte e da Constituição com o seu povo, elemento do Estado, e até que ponto o exercício do poder constituinte reflete os anseios populares.

Na busca da evolução do conhecimento é necessário estabelecer um delineamento epistemológico que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, com o objetivo de garantir que a pesquisa desenvolvida traga contribuições positivas para a comunidade científica e jurídica.

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 será, portanto, 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. PODER CONSTITUINTE, ORIGEM, CLASSIFICAÇÃO E TITULARIDADE

A concepção de Constituição no ordenamento jurídico brasileiro tem origem na idade moderna, fruto do Iluminismo e das revoluções sociais burguesas dos séculos XVII e XVIII, que visavam superar o Absolutismo, reformulando a teoria do contrato social de Hobbes¹, um dos grandes teóricos do absolutismo, para uma teoria que justificasse a existência do Estado em nome dos interesses dos indivíduos, não mais uma doação incondicionada do indivíduo ao soberano, mas indivíduos sujeitos de direitos que deveriam ser respeitados pelo governante, em uma concepção jus naturalista de direitos inatos do ser humano, com expoente em John Locke².

Assim, há três pilares de sustentação do constitucionalismo moderno segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento³, a contenção do poder dos governantes, pela separação dos poderes; a garantia dos direitos individuais, concebidos como direitos negativos oponíveis ao Estado; e a necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, pela via da democracia representativa. No Brasil, tais pilares foram materializados através de uma Constituição, seguindo o exemplo das versões francesa e norte-americana de constitucionalismo.

A constituição por sua vez é criada pelo Poder Constituinte, chamado pela doutrina de originário. O conceito de poder constituinte originário foi formulado nos estudos de Emmanuel Sieyès⁴, que enfatiza a Constituição como produto do poder constituinte originário, que gera e organiza os poderes constituídos, sendo superior a estes, pois sua legitimidade se baseia em decisão política da nação.

Dessa forma colocava o povo (ou a nação) como soberanos para controlar seu próprio destino e o Estado como uma vontade política do povo, em oposição a ideia anterior do absolutismo de que haveria uma legitimação dinástica do poder, fundamentada na vinculação da família do monarca ao Estado.

Não obstante, o Poder Constituinte Originário cria o poder constituinte reformador, cujo objetivo é modificar o texto constitucional observando a nova realidade de fatos, poupando a atuação do poder Constituinte Originário, com o fim de obstar uma obsolência do texto

¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2000, p. 128.

² LOCKE, John. *O segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: M. Fontes, 1998, p. 14.

³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 72.

⁴ BASTOS, Aurelio Wander (org.). *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?*. Tradução de Norma Azevedo. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 40

constitucional por deixar de refletir os anseios e valores de uma sociedade em permanente transformação.

Doutrinariamente se classifica o poder constituinte em originário e derivado. O artigo 1º § único da Constituição Federal determina, Todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos, nos termos desta Constituição. A doutrina constitucional contemporânea entende o povo como o titular do poder constituinte, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento⁵, Na teoria constitucional contemporânea, é praticamente unânime o entendimento de que é o povo o titular do poder Constituinte. No mesmo sentido, Gilmar Mendes⁶:

O povo, titular do poder constituinte originário, apresenta-se não apenas como o conjunto de pessoas vinculadas por sua origem étnica ou pela cultura comum, mas, além disso, como “um grupo de homens que se delimita e se reúne politicamente, que é consciente de si mesmo como magnitude política e que entra na história atuando como tal.”

O Abade Sieyès dotava o Poder Constituinte Originário com os atributos de inicial, ilimitado, incondicionado, indivisível e permanente. Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento⁷: “Sieyès, por meio dessa concepção secularizou ideias claramente teológicas”.

Segundo Gilmar Mendes⁸: “É inicial, porque está na origem do ordenamento jurídico.”. Essa ideia não é cronológica. A inicialidade do Poder Constituinte Originário se deve por ser norma estruturante, fundação do novo ordenamento como a fundação de uma casa, tal como a Constituição de 1988 fundou uma nova ordem e recepcionou os diplomas legais cronologicamente anteriores desde que fossem compatíveis com a nova fundação.

O caráter ilimitado deve ser lido conforme a corrente interpretativa adotada. Na visão jusnaturalista, haveria limitação em razão do direito natural e suas normas, enquanto que, na visão positivista, seria ilimitado plenamente. Pedro Lenza⁹ entende, “Assim, para o Brasil e os positivistas, nem mesmo o direito natural (por alguns denominado direito suprapositivo)¹⁰ limitaria a atuação do poder constituinte originário.”

⁵ SOUZA NETO; SARMENTO. op. cit., p. 249.

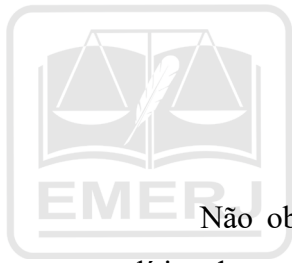
⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 102.

⁷ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 250.

⁸ MENDES. op. cit., p. 102.

⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 210 e 211.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 815*. Ministro Relator: Moreira Alves. Julgado em: 28 mar. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>> Acesso em: 16 out. 2019.



Não obstante Gilmar Mendes¹¹ entende o poder constituinte como expressão da vontade política da nação, não podendo ser exercido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais e morais que a forma.

Não se submete a qualquer forma prefixada de manifestação, daí se fala em poder incondicionado. Exemplo disso, é o caso da Assembleia Constituinte de 1988 que contava com 23 senadores eleitos em 1982, época do regime militar, em razão da EC nº 26/85. A presença de tais parlamentares foi suscitada como questão de ordem, pedindo sua exclusão. O plenário da Assembleia rejeitou a questão de ordem mantendo a participação dos Senadores. No entendimento de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento¹², a submissão do tema a votação mostra a possibilidade de a Assembleia decidir em contrário a EC 26/85 e essa decisão ser válida em razão da soberania da Assembleia Constituinte.

Como uma das manifestações fundamentais da soberania, o Poder Constituinte originário é indivisível. A indivisibilidade é expressa na unidade de atuação, negando outras identidades constitucionais possíveis. Também se liga a ideia de ilimitado, uma vez que não haveria como fragmentar o Poder Constituinte Originário. No caso de alguma forma se tentar fragmentar o poder constituinte, limitando sua atuação, estaria diante do Poder Constituinte de Reforma, limitado pelo Poder Constituinte Originário.

O caráter permanente advém do seu não esgotamento com a edição de uma nova Constituição. O povo é o titular, ficando em estado de latência, até que o momento histórico e social propício surja para sua manifestação, tal como foi na época da Assembleia Constituinte de 1988, uma vez que caso se rompesse a ordem jurídica a todo tempo viveríamos uma permanente insegurança jurídica.

Por sua vez o Poder Constituinte Derivado Reformador emana do Poder Constituinte Originário. José Afonso da Silva¹³ sobre o poder reformador e seu agente entendia:

No fundo, contudo, o agente, ou sujeito da reforma, é o *poder constituinte originário*, que, por esse método, atua em segundo grau, de modo indireto, pela outorga de competência a um órgão constituído para, em seu lugar, proceder as modificações na Constituição, que a realidade exige.

O objeto do Poder Constituinte Reformado é evitar o engessamento do texto constitucional e assegurar a segurança jurídica, uma vez que evita a manifestação do poder constituinte originário

¹¹ MENDES. op. cit., p. 103.

¹² SOUZA NETO; SARMENTO. op. cit., p. 257.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 67.

para a realização de mudanças que não representem de fato uma quebra com o ordenamento jurídico anterior. A doutrina entende como um poder constituído, caracterizado pela derivação, subordinação e o condicionamento.

2. FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE NOS TRÊS PODERES

A fundação de uma ordem jurídica pelo Poder Constituinte Originário exige a criação de mecanismos para a manutenção dessa nova ordem, o Poder Constituinte Reformador, o controle de constitucionalidade pelo poder judiciário, o princípio da independência e harmonia entre os três poderes. Assim são manifestações do Poder Constituinte no texto constitucional, limitando os demais poderes, e tem relação com o povo como titular do poder constituinte. Analisaremos os três poderes através de tais mecanismos e sua relação com o poder constituinte.

O Legislativo na esfera federal é exercido pelo Congresso Nacional, composto pelas casas legislativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Na esfera Estadual é exercido pelas respectivas Assembleias legislativas. A iniciativa de proposta de emenda constitucional pelo poder legislativo cabe aos três órgãos mencionados, dentro dos limites formais estabelecidos no art. 60, caput, incisos I e III, e seus §§ 2º e 3º.

Há, portanto, o exercício do poder constituinte indiretamente pelo povo através de seus representantes eleitos. Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento¹⁴, o entendimento da doutrina majoritária é de que há um rol taxativo em relação aos legitimados a deflagrar o processo legislativo de emenda à Constituição. Contudo, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento¹⁵ afirmam se filiar a outros doutrinadores¹⁶, no sentido de interpretar sistematicamente a Constituição, partindo da ideia inserida no art. 1º, § único, que permite o exercício direto do poder, aliada ao art. 14, inciso III que dita o exercício da soberania popular através da iniciativa popular, assim ampliando a regra prevista no art. 61 §2º que prevê a iniciativa popular para proposta de lei.

Ainda, José Afonso¹⁷ comentava que tal possibilidade não seria uma inovação, uma vez que no projeto da atual Constituição se previa a iniciativa e o referendo popular em matéria de emenda, entretanto tal possibilidade foi derrubada em plenário. Mas José Afonso¹⁸ ainda entendia pela

¹⁴ SOUZA NETO; SARMENTO. op. cit., p. 287.

¹⁵ Ibidem. p. 287.

¹⁶ LENZA. op. cit., p. 678 e 679.

¹⁷ SILVA. op. cit., p. 65.

¹⁸ Ibidem. p. 66.



possibilidade de tais institutos em matéria de emenda à Constituição, conforme o desenvolvimento da democracia participativa, princípio fundamental constitucional, dando azo a interpretação da doutrina minoritária.

Conforme Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento¹⁹: “A regra mais importante para a finalidade de manter a rigidez constitucional dispõe sobre a maioria exigida para a aprovação das emendas.”. Assim as emendas à Constituição são discutidas, votadas e aprovadas somente no caso de votação favorável de 3/5 dos votos dos parlamentares, membros de cada casa (art. 60, §2º) em dois turnos.

Com a aprovação da emenda vem a promulgação desta pelas mesas da Câmara e do Senado. Não se fala aqui em veto presidencial como no processo legislativo para edição de lei, demonstrando um certo destaque ao Poder Legislativo no que concerne ao exercício do poder constituinte reformador, pois este não se submete ao veto jurídico ou político do executivo.

Não obstante os processos de emenda à Constituição, o Poder Legislativo ainda influi na confecção dos instrumentos legais, que devem observar as diretrizes constitucionais. Fica muito evidente a força do legislativo quando estamos diante de institutos que o constituinte originário determinou a regulação por lei posterior. Contudo essa força é mitigada pela submissão a sanção ou veto presidencial.

Assim há uma irradiação da vontade popular que começa no Poder Constituinte Originário, regulamentando na Constituição os meios dessa vontade se manifestar através do Poder Legislativo, dentro dos ditames da Constituição, já que o Legislativo pode realizar um controle de constitucionalidade preventivo político dos próprios atos, através da Comissão de Constituição e Justiça.

O Executivo através do Presidente da República é um dos legitimados a propor emenda constitucional nos termos do art. 60, inciso II. Tal proposta de emenda poderá ser objeto de emenda parlamentar, desde que respeitado o quórum constitucional (1/3 dos parlamentares, art. 60, inciso I) e não incida nas vedações constitucionais.

Diferente do processo legislativo ordinário no qual o Presidente tem poder de veto, no caso de proposta de emenda tal poder não foi dado ao executivo federal. Assim a emenda aprovada em plenário será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Ainda que o Presidente não tenha o poder de veto, há a influência do executivo em relação a limitação circunstancial para emenda à Constituição, o art. 60, § 1º, que trata da proibição de emenda durante ocorrência de das seguintes hipóteses: intervenção federal, estado de defesa e

¹⁹ SOUZA NETO; SARMENTO. op. cit., p. 287.

estado de sítio. É de atribuição do Presidente da República decretar tais situações. Contudo o estado de defesa e a intervenção federal estão sujeitas a aprovação, e o estado de sítio a autorização do Congresso Nacional.

Por fim o Presidente nomeia os Ministros do Supremo Tribunal Federal, após aprovação do Senado e tem poder de sanção e veto aos instrumentos legais aprovados pelo legislativo. A Constituição adotou a separação de poderes como princípio. Contudo essa separação se espelha mais num modelo Norte-Americano de poderes da república, no qual os poderes têm funções típicas e funções atípicas. Dessa forma o legislativo tem função típica de legislar e de fiscalizar os demais poderes, mas também exerce atipicamente as funções executiva e julgadora. Os poderes são independentes e harmônicos entre si.

Essa construção de separação e harmonia entre os poderes é a base do sistema de freios e contrapesos, na qual um poder sempre fiscaliza o outro naquilo em que o outro poder exorbitar as suas funções. A possibilidade de proposta de emenda à constituição pelo executivo e a sanção e o veto presidencial em projeto de lei do legislativo, evidencia do controle de constitucionalidade preventivo do executivo, são exemplos desse instrumento em prática.

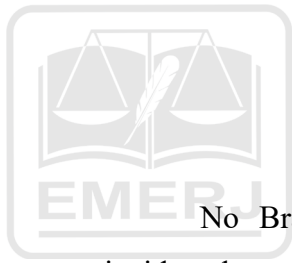
Assim, ainda que a função do executivo não interfira por excelência na Constituição e na sua interpretação, há inegável influência do chefe do executivo federal nesses processos, ainda que limitadas pela atuação do legislativo em forte demonstração do sistema de freios e contrapesos.

Dos poderes constituídos, o Judiciário é o único que não se submete diretamente ao crivo eleitoral e também é o único que não pode realizar mudanças diretas no texto da Constituição. Contudo, o judiciário tem função importantíssima na resolução de conflitos, é o poder responsável pelo controle judicial de constitucionalidade das leis, com origem histórica do instituto no caso *Marbury v. Madison* no direito Norte-Americano.

O Controle de Constitucionalidade no Brasil é eminentemente judicial, conforme salienta Luís Roberto Barroso²⁰:

No Brasil, onde o controle de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial — isto é, cabe aos órgãos do Poder Judiciário a palavra final acerca da constitucionalidade ou não de uma norma —, existem, no entanto, diversas instâncias de controle político da constitucionalidade, tanto no âmbito do Poder Executivo — e.g., o veto de uma lei por inconstitucionalidade — como no do Poder Legislativo — e.g., rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, por inconstitucionalidade.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.67.



No Brasil há controle de constitucionalidade misto, combinando o controle por via incidental, que tem origem no caso *Marbury v. Madison*, e o controle concentrado, que tem como origem as Cortes Constitucionais europeias que julgam a validade da dos atos normativos em abstrato frente a constituição, sem um caso concreto de disputa entre partes.

O Controle difuso, também chamado incidental, é feito por qualquer tribunal, podendo a demanda chegar até o STF, por via recursal extraordinária. Já o controle concentrado é dirigido diretamente ao STF que atua com status de corte constitucional. O controle de constitucionalidade é mais um exemplo de aplicação do sistema de freios e contrapesos.

Dessa forma o STF é o grande guardião da Constituição, pois, independente da forma de controle, seja incidental ou concentrado, caberá ao STF em última análise, apontar a constitucionalidade ou não de emenda constitucional ou lei.

Contudo, o Poder Judiciário deve ser provocado para que ocorra sua atuação, ao menos que haja uma demanda, não há a possibilidade do Judiciário se mover sozinho e declarar a inconstitucionalidade de ofício.

Tal situação é ainda mais evidente em controle concentrado, uma vez que há um rol constitucional de legitimados a propor as ações constitucionais. Mais uma vez o sistema de freios e contrapesos se faz presente, uma vez que os legitimados para a propositura de ADI e ADC são os elencados nos incisos do art. 103 da CRFB, dos quais destaca-se o Presidente da República, as mesas da Câmara e do Senado e partido político com representação no Congresso Nacional.

Ainda, não se deve olvidar que os próprios membros do STF, ainda que não eleitos diretamente pelo povo, são nomeados pelo Presidente da República após a aprovação do Senado.

Assim, há a voz da soberania popular na escolha dos ministros do STF, ainda que indiretamente, através dos demais poderes da república que são de representação popular. Contudo a questão é a influência dessa voz no poder judiciário, uma vez que não é direta, o Judiciário acaba por se distanciar do povo detentor do poder constituinte. Não obstante seu caráter como guardião supremo da constituição o colocaria acima dos demais poderes da república, criando assim uma supremacia judicial.

3. OS ANSEIOS POR UMA NOVA CONSTITUINTE. A QUEM CABE MODIFICAR E INTERPRETAR A ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE

Hoje há uma polarização social, fruto das últimas eleições e de falhas na condução da democracia pelos nossos representantes eleitos. Assim, surgem propostas de realização de uma nova

constituinte, ou a proposta de reformas mais profundas no atual ordenamento, desidratar a constituição, que em tese garante muitos direitos e exige poucos deveres do cidadão.

No entanto, deve-se também analisar criticamente tal proposta, pensar no papel da carta constitucional, ainda que necessite de reformas, é necessário verificar a conjuntura histórica brasileira e elucidar em que estágio de avanço de instituições democráticas está que possam corroborar ou excluir uma reforma.

O povo é o titular supremo do poder constituinte, se manifesta na ordem estabelecida pelos poderes eleitos e influi indiretamente sobre o judiciário, que a princípio exerce uma supremacia judicial em relação a interpretação constitucional. Contudo, ainda que o judiciário tenha exercido o destaque na interpretação da Constituição, não se pode esquecer os demais poderes e sua força na modificação do texto constitucional, que hoje conta com 101 emendas, algumas propostas pelo executivo. Assim ainda fica a pergunta se há uma supremacia do judiciário, do legislativo ou se há alguém mais legitimado a interpretar a Constituição.

Assim se analisa primeiro a proposta de uma nova constituinte sob o prisma histórico de instituições democráticas brasileiras, para depois se verificar a possibilidade e necessidade de reformas na atual Carta política e ajudar a elucidar a quem competiria a última palavra sobre a Constituição. O resultado das últimas eleições confirma a polarização da sociedade. Jair Bolsonaro foi eleito com 57.797.847²¹ de votos, Fernando Haddad 47.040.906, sendo o total do leitorado de 147.306.294. Assim verificamos que o executivo atual foi eleito com um pouco mais de um terço dos votos válidos. No total, somando abstenções, votos nulos e brancos, 42.466.402 brasileiros rejeitaram ambos os candidatos. Assim se desmancha a ideia de bipolarização da sociedade entre pretensos defensores do liberalismo econômico e do socialismo/comunismo.

Se no campo político a sociedade brasileira não possui unanimidade, o mesmo se reflete na questão de uma nova constituinte. A adesão a tal proposta é pequena considerando o universo da população. Ainda há argumentos históricos que esvaziam tal proposta em momento no qual as instituições democráticas, ainda que desafiadas, se mostram sólidas.

Historicamente, o Brasil passou por períodos conturbados, onde um dos poderes atuou em desequilíbrio frente aos demais. O executivo tradicionalmente tem a força das armas, o legislativo a chave do cofre, enquanto que o judiciário cabia apenas a aplicação da lei. Antes de 1988 não se

²¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Divulgação do resultado das eleições 18.10.0*. Disponível em: <<http://divulga.tse.jus.br/oficial/index.html>> Acesso em: 16 out. 2019.



poderia nem cogitar uma supremacia do judiciário, conforme Rodrigo Brandão²² conclui em sua análise dos períodos anteriores a 1988:

Em síntese, pode-se afirmar que, embora a partir da proclamação da República as Constituições brasileiras tenham, formalmente, se fundado na soberania popular, e o Judiciário seja considerado um poder autônomo e competente para o exercício do controle da constitucionalidade das leis, não se pode falar no Brasil em supremacia judicial antes de 1988.

Houve no Brasil períodos de exceção (1930 a 1945 e 1964 a 1988), onde não havia divisão de poderes e o executivo atuava indiscriminadamente, que tornavam o judiciário subserviente, tendo inclusive suas decisões desrespeitadas. Mesmo nos períodos democráticos (1891 a 1930 e 1946 a 1964) o judiciário, que deveria defender as instituições democráticas, o estado de direito e atuar de forma contramajoritária, faltou na tutela das liberdades dos inimigos de ocasião da República (operários, anarquistas, integralistas, socialistas e comunistas).

A redemocratização do país com marco na Constituição de 1988, após período severo de ditadura militar, foi símbolo da transição de autoritarismo para a democracia. A ampla participação popular na constituinte, a noção da supremacia do texto constitucional perante o ordenamento como norma autoaplicável e imperativa consolidou o Estado Democrático de Direito e as suas instituições, em especial o judiciário que vive momento de expansão.

Uma nova constituinte hoje poderia não ser bem-sucedida em conservar tais valores, frente aos desafios que as instituições democráticas enfrentam na era da informação, como as *fakenews* e os crimes virtuais, e a insatisfação popular verificada nas urnas com o sistema político, uma vez que na última eleição um terço do eleitorado não se sentiu representado por nenhum candidato, frente ao número de abstenções.

Dessa forma em momento de crise não seria aconselhável rever a base do ordenamento e suas instituições que, embora enfrentem uma época de crise, ainda são a nossa melhor opção para garantir a efetividade do Estado Democrático de Direito formado na constituinte de 88.

Ainda que uma nova constituinte seja descartada, isso não significa que alcançamos o melhor estágio possível de evolução do ordenamento jurídico e da manifestação da soberania popular. Estamos em época de crise, valores e direitos constitucionais estão sendo rediscutidos. A qualidade dessa discussão é um problema em si frente ao avanço de forças antidemocráticas através da tecnologia, disseminando informações falaciosas com intuito de dividir para conquistar.

²² BRANDÃO, Rodrigo: *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 115.

O ideal é apostar no fortalecimento das instituições democráticas. A ideia de uma supremacia judicial é aparente e não subsiste quando observamos a força das instituições e dos poderes constituídos. Há uma expansão do judiciário, mas essa não significa sua supremacia. O Executivo e o Legislativo continuam exercendo suas funções típicas e atípicas.

Não se deve cair na armadilha de que a democracia se vincula a uma ideia de maioria, que poderia se converter em uma tirania. A sociedade brasileira é plural e reconhece o outro como indivíduo livre que deve ter sua dignidade respeitada, e não como um objeto de normas do Estado. O Estado deve ser imparcial, rejeitando-se a possibilidade de um grupo político mais bem articulado impor aos cidadãos sua moral e visão de mundo.

Uma democracia deliberativa, forma de governo na qual os cidadãos se reconhecem como iguais, apesar das diferentes visões de mundo, tomando decisões motivadas vinculando a sociedade no presente, porém sem excluir um possível debate futuro pode harmonizar o desacordo entre as diferentes visões de mundo em uma sociedade plural, com o objetivo de alcançar uma maior estabilidade social.

Sobre a democracia deliberativa, ensina Rodrigo Brandão²³:

Note-se que a democracia deliberativa não tem a pretensão de transformar o desacordo em acordo, mas tem a vantagem de, ao menos, buscar que os participantes considerem seriamente a perspectiva do outro, reconhecendo os seus eventuais méritos e desconsiderando desacordos sobre aspectos não essenciais à resolução de questão controvertida. A consideração da perspectiva do outro, ademais, tende a encorajar que os cidadãos expressem suas visões sobre questões públicas de forma menos egoística, na medida em que buscam pontos em comum entre visões divergentes.

Dessa forma, a adoção de uma democracia deliberativa, se mostra como um importante instrumento de reafirmação dos valores democráticos, contribuindo para a elucidação de a quem cabe a palavra final sobre a modificação e interpretação da Constituição.

O fortalecimento do sistema de freios e contrapesos e a reafirmação das demais instituições democráticas, como o Ministério Público e a Sociedade Civil podem ser a saída para a superação da crise atual e determinar o sentido da Constituição de maneira democrática, plural, sem um poder inteiramente legitimado.

Deve-se construir um ponto de equilíbrio institucional, com os poderes dialogando, por exemplo, através do controle de constitucionalidade do STF sobre emenda constitucional, o Congresso Nacional com a prerrogativa de aprovar emendas constitucionais que superem o

²³ BRANDÃO. op. cit., p. 214.



entendimento jurisprudencial do STF, e o Executivo com a possibilidade de postular as ações de controle de constitucionalidade e modificar a composição da suprema corte.

Contudo a adoção de tais mecanismos por si só de nada adiantará se o povo, titular máximo do poder constituinte, não participar efetivamente da vida política e comunitária. Deve-se levar as questões mais importantes a um amplo debate público, fomentando uma democracia deliberativa, de forma que as interpretações constitucionais possam ser criticadas e propostas interpretações melhores, ou reconhecidas como verdades, se tornando dogmas.

A opinião pública, de forma idônea e extraída de um debate justo e técnico, excluindo falácias e valores antidemocráticos, seria assim o fator decisivo sobre quais poderes devem prestar deferência aos outros poderes na interpretação da Constituição, coroando a soberania popular como grande agente de reforma e interpretação da Constituição em seu mais amplo espectro.

CONCLUSÃO

O choque de forças antagônicas disputando a modificação e interpretação do ordenamento constitucional vigente não é novidade em um Estado Democrático de Direito, pelo contrário faz parte de uma democracia saudável quando tal oposição fortalece o debate e as instituições. Entretanto, atualmente não há estímulo ao debate e a reflexão, dessa forma, buscou-se, no presente artigo o entendimento acerca da natureza do Poder Constituinte e a quem legitimamente cabe a última palavra para a modificação e interpretação da Constituição, no intuito de demonstrar quem deve decidir de fato os rumos da nação.

Através da origem, conceito e características do Poder Constituinte, buscou-se evidenciar o grande titular de poder na ordem vigente, o povo, com a Constituição coroando em seu texto a soberania popular como fundamento da ordem jurídica vigente. Alguns autores inclusive defendem a legitimidade da população para proposta de emenda constitucional, ainda que não se encontre expressamente no texto constitucional tal legitimação.

Em razão da soberania popular ser fundamento da democracia brasileira, comprovou-se que esta se irradia e permeia os poderes constituídos da república, demonstrando a manifestação da população na interpretação e modificação do texto constitucional através de seus representantes eleitos no executivo e legislativo, ou através da indicação da Corte Constitucional pelo poder executivo, com chancela do legislativo. O povo manifesta sua vontade ainda através dos instrumentos de democracia participativa, ou diretamente, visto que a proposta de lei popular é uma

forma de interpretar e regulamentar institutos constitucionais que não foram esgotados pelo Poder Constituinte originário.

A criação de uma nova ordem constitucional, não materializará uma solução aos problemas das instituições democráticas, pelo contrário, não há unanimidade popular para tal proposta e a presença de uma apatia popular, manifestada pela forte abstenção na última eleição, poderá colocar em risco os valores e a democracia conquistada com a carta de 1988, que deve, na verdade, ser reforçada através de instrumentos participativos deliberativos.

Provou-se que não há no Brasil uma supremacia, seja judicial ou legislativa, do entendimento constitucional, visto que os poderes são independentes e harmônicos entre si e exercitam regularmente o sistema de freios e contrapesos. O povo é o grande centro emanante do Poder Constitucional, irradiando aos demais poderes, não criando apenas um legitimado, mas sim, um grande legitimado a ter a última palavra sobre a ordem constitucional, conservando a supremacia popular e um direito que cabe a toda sociedade humana, o de evoluir.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Aurelio Wander (org.). *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?*. Tradução de Norma Azevedo. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 815*. Ministro Relator: Moreira Alves. Julgado em: 28 mar. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>> Acesso em: 16 out. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Divulgação do resultado das eleições 18.10.0*. Disponível em: <<http://divulga.tse.jus.br/oficial/index.html>>. Acesso em: 30 set. 2019.



SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2000,

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOCKE, John. *O segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: M. Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

A TRIBUTAÇÃO DA ECONOMIA DIGITAL SOB A PERSPECTIVA DO PROJETO BEPS (*BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING*)

Tinae Luisa Deguchi Hayashi

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o paradigma tradicional que norteia o Direito Tributário Internacional se encontra ultrapassado diante do surgimento de novos fatos econômicos na Era da Informação. No contexto atual de globalização e de crescimento da economia digital, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apresentou novas soluções ao fenômeno da erosão da base tributável e da transferência artificial de lucros, resultante de planejamentos fiscais agressivos de grandes empresas multinacionais, que, por sua vez, se valem das lacunas e sobreposições do regime tributário internacional. A essência do trabalho é apresentar as falhas do paradigma de tributação, abordar os principais planos de ação do Projeto BEPS da OCDE e analisar os desafios de implementação e as medidas adotadas no âmbito internacional.

Palavras-chave – Direito Tributário Internacional. Planejamento tributário. Elusão fiscal. Economia digital.

Sumário – Introdução. 1. As falhas do paradigma tributário internacional no contexto da globalização e da crescente economia digital. 2. O Projeto BEPS e a tributação da economia digital. 3. Os desafios da implementação do Projeto BEPS e as medidas adotadas no âmbito internacional.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a tributação da chamada economia digital, sob a perspectiva do Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), elaborado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Procura-se analisar os aspectos da crescente economia digital no contexto atual de globalização, bem como as consequências das condutas praticadas por grandes empresas multinacionais no âmbito internacional.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema, de modo a discutir as principais medidas multilaterais propostas pela OCDE no combate à erosão da base tributável dos Estados-nação e à transferência artificial de lucros, no âmbito do Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*).

Isto porque o cenário atual de globalização e de maior mobilidade de renda traz inúmeros desafios à tributação internacional, dentre os quais o crescimento da economia digital, ao passo que as competências legislativas dos países soberanos se mostram incapazes de acompanhar o acelerado desenvolvimento tecnológico.

As inovações tecnológicas, especificamente, influenciam significativamente a maneira como as pessoas interagem entre si e os fatos econômicos que praticam. Assim, não é mais possível ignorar o crescimento da economia digital no âmbito da tributação internacional.

Por esta razão, torna-se necessário analisar o contexto atual de integração de mercados em nível internacional e de desenvolvimento tecnológico acelerado, bem como as medidas adotadas pelos sistemas tributários dos Estados soberanos frente ao comportamento fiscal agressivo de contribuintes com grande capacidade contributiva.

Sob esse aspecto, denota-se que o paradigma de tributação internacional, baseado em tratados bilaterais e na concorrência fiscal entre Estados soberanos, se encontra ultrapassado e em descrédito. Portanto, o presente artigo apresenta os aspectos da crescente economia digital no contexto atual de globalização, bem como os principais planos de ação do Projeto BEPS, que visam direcionar a atuação das administrações fiscais dos países.

Inicia-se o primeiro capítulo analisando os desafios principais da economia digital no atual contexto de globalização, bem como a sua influência no fenômeno da erosão da base tributária e transferência de lucros. Ainda, demonstram-se as principais falhas do paradigma tradicional de tributação internacional em evitar a realização de planejamentos fiscais abusivos, que se valem, em grande medida, do acelerado desenvolvimento tecnológico.

Apresenta-se, no segundo capítulo, os principais planos de ação elaborados pela OCDE no âmbito do Projeto BEPS, em relação aos mecanismos de solução à tributação da economia digital e à ausência de fiscalização fiscal sobre os novos fatos econômicos que surgiram na Era da Informação.

O terceiro capítulo da pesquisa demonstra os desafios internos da tributação da economia digital, enfrentados pelo ordenamento jurídico dos países em geral, bem como a implementação das propostas da OCDE no âmbito do Projeto BEPS, que em certa medida orientam as autoridades fiscais da comunidade internacional, suas controvérsias e suas consequências.

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. AS FALHAS DO PARADIGMA TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO E DA CRESCENTE ECONOMIA DIGITAL

O cenário atual de globalização envolve a crescente integração entre as nações, envolvidas em um processo contínuo e crescente de conexão entre mercados em bases mundiais. Sob esse aspecto, o atual modelo baseado em medidas unilaterais e bilaterais se encontra ultrapassado e incompatível ao contexto internacional contemporâneo.

A revisão do modelo de Direito Internacional Tributário requer uma reflexão acerca das mudanças socioeconômicas ocorridas desde o final do século XX, que provocam a busca por novas soluções ao modelo fiscal tradicional, diante da ausência de tributação de novos fatos econômicos. Destaca-se, nesse sentido, o surgimento da economia digital, que figura como agente global de transformação contínua de economias e sociedades.

Nas lições de Takano¹, a globalização é considerada um “marco de mudanças econômicas no modelo capitalista e nos diversos sistemas tributários, caracterizada pela descentralização da produção, que se distribui por diversos países e regiões”, o que, conforme destaca o autor, ocorre “a sabor dos interesses das empresas multinacionais”.

Segundo Rocha², trata-se de um cenário cujos traços distintivos principais consistem no surgimento de riscos que transcendem a individualidade das pessoas e até mesmo das comunidades locais, países e regiões, com o que se pode denominar globalização de riscos.

Nesse sentido, o conceito de sociedade de risco construído pelo sociólogo alemão Ulrich Beck³ se relaciona diretamente com a globalização, pois os riscos afetam as nações em geral sem observar as fronteiras existentes. Por exemplo, nota-se a criação de riscos ecológicos, nucleares, genéticos, e, ainda, os econômicos, como as quedas nos mercados financeiros internacionais ocorridas em 2008.

Sob esse aspecto, a OCDE⁴ afirma que a livre circulação de capitais e mão-de-obra, o deslocamento de centros de produção de países com altos custos para países com baixos custos, a eliminação gradual de barreiras comerciais, os avanços tecnológicos e da

¹ TAKANO, Caio Augusto. Erosão da base tributável e a transferência de resultados: o caminho para o multilateralismo e novas perspectivas à soberania fiscal. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 32, 2014, p. 68.

² ROCHA, Sergio André. A Tributação na Sociedade de Risco. In:_. *Tributação Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 19.

³ BECK, Ulrich. *World Risk Society*. Cambridge: Polity Press, 1999, p. 2-7.

⁴ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*. Paris: OECD Publishing, 2014, p. 7.

telecomunicação, entre outros fatores, exercem um impacto considerável na forma como as atividades transnacionais ocorrem.

Isto porque, de acordo com Russo⁵, o aumento significativo da mobilidade do trabalho e do capital, acrescido do aprimoramento do modelo operacional das grandes empresas multinacionais, evidencia o alinhamento de estratégias e planejamento negocial às estratégias e operações corporativas, de forma a atender a competitividade internacional. Por outro lado, similarmente às empresas privadas, a concorrência entre os Estados também aumentou, pelo oferecimento de diversas vantagens tributárias.

O modelo econômico pautado na competitividade e na chamada concorrência fiscal prejudicial incentiva o comportamento fiscal agressivo por parte de grandes empresas multinacionais, que se aproveitam das lacunas e sobreposições existentes no regime tributário internacional para maximizar as vantagens inerentes ao planejamento tributário abusivo, fomentando a erosão da base tributável em seus países de origem e a transferência artificial de ganhos a países com tributação favorecida, também conhecidos como “paraísos fiscais”.

A esse respeito, em resposta a uma crescente integração de mercados no contexto da globalização, os países se viram diante da necessidade de se tornarem competitivos na atração de atividade econômica. Entretanto, a concessão de incentivos fiscais em busca de investimentos internacionais leva à degradação fiscal de grande parte dos países que os concedem e, conseqüentemente, ao empobrecimento dos Estados, com o que comumente se denomina concorrência fiscal prejudicial (*harmful tax competition*).

Por outros termos, nas lições de Rocha⁶:

A oferta de vantagens tributárias por algumas jurisdições, que se configuram como paraísos fiscais, ou criam regimes fiscais privilegiados, gera distorções na distribuição das receitas entre os países e no campo da concorrência entre as empresas e os indivíduos, destacando a OCDE [...] a figura dos free riders: indivíduos ou empresas que se utilizam da infraestrutura de um determinado país, mas que evitam pagar tributos ali mediante a utilização de paraísos fiscais e de regimes fiscais privilegiados.

Conseqüentemente, a erosão da base tributária e a transferência artificial de lucros constitui um grave risco à receita, à soberania e à equidade fiscal dos países em geral. A esse respeito, a OCDE⁷ relatou as conseqüências prejudiciais do fenômeno:

⁵RUSSO, Rafael. *Fundamentals of international tax planning*. Amsterdã: IBFD, 2007, p. 72.

⁶ROCHA, Sérgio André. Tema II: Los retos de la fiscalidad internacional latinoamericana en el contexto actual. Hacia la convivencia de un convenio (Tema II). *Jornadas ILADT*, 2015, p. 26.

⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD Publishing, 2013, p. 15.

Nota-se cada vez mais que os governos perdem muito em arrecadação de impostos de pessoas jurídicas em decorrência de planejamentos que se focam na transferência de lucros para localidades que oferecem um tratamento fiscal mais favorável, a ponto de provocar a erosão da base tributária [...].

Essa atenção crescente e o desafio inerente de dar conta de um tema tão complexo têm instigado o sentimento de que as regras nacionais e internacionais referentes à tributação de lucros transfronteiriços são infringidas e que só os tolos pagam impostos. As multinacionais têm sido acusadas de furtrar-se aos impostos no mundo todo, principalmente nos países em desenvolvimento, nos quais a receita é primordial para promover avanços a longo prazo.

Na economia digital, especificamente, a digitalização e a interconexão impulsionam a transformação digital, complementada por um ecossistema crescente de tecnologias inter-relacionadas, de forma que a informação é representada de forma universal e pode ser armazenada como dados digitais de utilização ilimitada e a velocidades muito altas, com um custo marginal insignificante.

A este respeito, o Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas, pelas palavras de Li⁸, definiu a economia digital como “a rede global de atividades econômicas e sociais que são habilitadas por plataformas como a Internet, redes móveis e de sensores”.

Ademais, vale destacar a criação de novas tecnologias que influenciam na economia em geral, como a computação em nuvem, consistente na disponibilização de serviços *on-line* em muitos computadores da rede; o comércio eletrônico, que envolve a compra e venda de bens ou serviços por meio de redes informáticas, e; a criação de moedas virtuais, que podem ser trocadas por moedas reais ou usadas na aquisição de bens ou serviços reais.

Conforme define a OCDE⁹, em relatório publicado sobre a economia digital e suas perspectivas, em que discorre sobre aspectos da digitalização:

A internet tem levado a interconexões crescentes que permitem que isso se reproduza de forma global. Em troca, processar e difundir informação análoga é lento e a variedade de formatos (ex. papel, rolo de película, cintas magnéticas etc.) limita seriamente os enlaces, as combinações e sua reprodução. Em resumo, a digitalização reduz as limitações físicas para compartilhar e explorar informação.

A despeito dos inúmeros benefícios trazidos pela economia digital, a maior conectividade e o crescimento intensivo de atividades econômicas baseadas em dados digitais ensejam, por outro lado, riscos no âmbito social e econômico. Em outras palavras, o

⁸ LI, Jinyan. *Protecting the tax base in the digital economy*. Toronto: United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries, 2018, p. 5.

⁹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Perspectivas de la OCDE sobre la economía digital 2017*. Cidade do México: OCDE Publishing, 2018, p. 23.

surgimento de novos modelos de negócios no âmbito do comércio eletrônico enfatiza a necessidade da aprimoração de políticas e práticas que eliminem fraudes.

Isto porque as operações realizadas em âmbito virtual permitem que as empresas, ou mesmo pessoas físicas, forneçam bens e serviços a consumidores situados em jurisdições distintas, sendo prescindível o estabelecimento de presença física para tanto. Nesse contexto, a elevada lucratividade do comércio eletrônico chama a atenção de autoridades fiscais, diante da possibilidade de realização de planejamentos fiscais agressivos que resultam na baixa ou nenhuma tributação dos resultados dos empreendimentos.

Portanto, o ambiente econômico pós-globalização alterou irreversivelmente os padrões da tributação internacional em decorrência da universalização das relações econômicas. Se a princípio o propósito dos tratados fiscais internacionais era evitar a dupla tributação de renda, na economia globalizada os referidos acordos bilaterais passaram a focar o combate à concorrência fiscal prejudicial, a promoção de transparência e o controle da transferência de lucros e do planejamento fiscal abusivo pelas empresas multinacionais.

2. O PROJETO BEPS (*BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING*) E A TRIBUTAÇÃO DA ECONOMIA DIGITAL

A realidade de erosão da base tributável dos países e de transferência artificial de lucros, diante da realização de planejamentos tributários internacionais considerados agressivos por empresas multinacionais, demonstra a necessidade de adoção de uma política fiscal global e cooperante entre os países e adaptada à globalização da economia, com o intuito de preencher as lacunas existentes.

Não é por outra razão que a OCDE formulou orientações à comunidade internacional no âmbito do Projeto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), com vistas à alteração substancial das atuais regras de tributação internacional, com base em quinze planos de ação publicadas em 2015, voltadas ao combate do fenômeno da erosão da base tributável e transferência de lucros.

Em suma, as propostas da OCDE se focam em três objetivos principais, quais sejam - “substância”, pretendendo a tributação sobre a atividade efetivamente geradora de valor ao negócio; “coerência do sistema tributário internacional”, com vistas à neutralização das lacunas e sobreposições existentes nas legislações domésticas, e; “transparência”, pela divulgação de informações relevantes sobre as operações da empresa às autoridades fiscais dos países em que atua.

Na primeira Ação do Projeto BEPS - abordagem dos desafios fiscais da economia digital -, a OCDE¹⁰ identificou as peculiaridades e características da economia digital, destacando-se, principalmente, a mobilidade de bens intangíveis, usuários e funções de negócios, como consequência da flexibilidade de se escolher a localização de servidores e outros recursos; a confiança em dados; a utilização de modelos empresariais multilaterais, em que as partes contratantes podem estar em jurisdições diferente, e; a volatilidade em razão das baixas barreiras à entrada e tecnologia em rápida evolução.

Especificamente, dentre os fatores que ganharam mobilidade, destacam-se: os bens intangíveis, cujo produto pode ser alterado ao longo do tempo; os clientes, cujo consumo de determinado produto ou serviço digital não possui barreiras; e o próprio negócio digital, que pode ser controlado de qualquer local a despeito da presença física.

Além disso, a Ação 1 propôs a análise das principais questões que surgem no contexto da economia digital, como precisamente sintetizado por Rocha e Castro¹¹:

[...] (i) a capacidade de uma empresa ter presença significativa na economia de outro país sem estar sujeita à tributação, diante da inexistência de elementos de conexão nas regras de tributação vigentes; (ii) a atribuição de valor agregado à geração de dados relativos a mercados e clientes; (iii) a aplicação de regras de tributação na fonte; (iv) a qualificação de rendimentos originados dos novos produtos e serviços digitais; e (v) o asseguramento da cobrança efetiva do VAT (*Value Added Tax*)/GST (*Good and Services Tax*) diante do fornecimento transnacional de bens e serviços nacionais.

Em face deste cenário, conclui-se que, em face da fluidez da economia digital, a legislação tributária se mostra ineficiente para taxar a economia digital de maneira satisfatória, não atingindo a capacidade contributiva dos agentes.

Outrossim, a Ação 1 sugeriu opções à solução dos referidos problemas, mediante uma abordagem ampla, considerando-se ambas as tributações, direta e indireta. Dentre as recomendações formuladas pela organização internacional, salienta-se a proposta relativa ao conceito de estabelecimento permanente.

Os agentes econômicos internacionais, além de poderem escapar da tributação no país da fonte, concorrem com as empresas residentes, não raramente localizadas em países com tributação favorecida ou paraísos fiscais, causando distorção no mercado. Diante disso, entende-se pela necessidade de ampliação do conceito de estabelecimento permanente, que se

¹⁰ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Action 1 – Addressing the tax challenges of the digital economy*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 15-18.

¹¹ROCHA, Sérgio André; CASTRO, Diana. Plano de ação 1 do BEPS e as diretrizes gerais da OCDE. In: PISCITELLI, Tathiane (coordenação). *Tributação da economia digital*. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018, p. 15-38.



relaciona com o local de instalação fixa de negócios, onde a empresa realiza toda ou parte de suas atividades.

Nesse seguimento, a OCDE optou pela utilização de uma linguagem mais generalista para definir onexo e a presença tributável, em consonância com a mobilidade e a volubilidade da economia digital, não mais se limitando à presença territorial. Assim, a atribuição de lucros a uma presença potencialmente tributável se torna uma tarefa mais complexa.

Do mesmo modo, apesar de não destinados diretamente à tributação da economia digital, os demais planos de ação no âmbito do Projeto BEPS merecem destaque no combate à erosão da base tributável e à transferência de lucros.

No item de Ação 2 – neutralização de instrumentos híbridos -, a organização internacional¹² sugeriu a eliminação das discrepâncias entre normas do Direito Tributário Internacional, que formam um paradigma de tributação que permite a realização de planejamentos tributários agressivos por parte de grandes empresas multinacionais, que se aproveitam da descoordenação entre as legislações internas dos países.

Outrossim, na Ação 6¹³ – prevenção ao abuso de tratados -, recomendou que os países promovam alterações em seus tratados de modo a prever uma regra geral anti-abuso baseada no propósito principal das transações (*PPT- Principal Purposes Test*).

A utilização abusiva de acordos de bitributação é uma das principais práticas de erosão da base tributária e de transferência de lucros. Por exemplo, o chamado *treaty shopping* é uma espécie de planejamento tributário pela qual uma pessoa não residente de um Estado tenta obter benefícios da convenção fiscal celebrada por esse Estado, cujas garantias são exclusivas aos residentes. Assim, a pessoa jurídica desloca o seu domicílio com o propósito atrair a aplicação de um regime tributário mais benéfico no âmbito de um tratado.

O Plano de Ação 7¹⁴, por sua vez, propõe o desenvolvimento de modificações à definição de estabelecimento permanente para prevenir que o status seja artificialmente evitado, para fins de erosão da base tributável e transferência de lucros, inclusive através do recurso e acordos comissionários e exceções relativas a atividades específicas.

Isso porque, em muitos casos, as multinacionais fragmentam as suas atividades entre várias entidades do grupo, a fim de se enquadrar nas exceções ao status de estabelecimento permanente enquanto atividades preparatórias ou auxiliares. Nesse sentido, a redação atual do

¹² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Action 1 – Addressing the tax challenges of the digital economy*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 16-17.

¹³ *Ibid.*, p. 20.

¹⁴ *Ibid.*, p. 20-21.

artigo 5º, parágrafo 4º, alíneas “a” e “f” da Convenção Modelo da OCDE, assegura que as exceções recaiam sobre atividades que sejam materialmente preparatórias ou auxiliares.

Ressalta-se, novamente, que o Plano de Ação 1 trouxe, como recomendação específica, a introdução de regras anti-fragmentação, destinadas a assegurar que a fragmentação de atividades entre partes vinculadas não leve ao aproveitamento abusivo das exceções ao conceito de estabelecimento permanente.

As Ações 8 a 10¹⁵ se referem às regras de preço de transferência (*transfer pricing*), que tratam dos termos, incluindo o preço, aplicáveis às operações dentro de uma empresa multinacional e determinam a distribuição e a alocação de lucros para as empresas do grupo localizadas em países diferentes.

Como reconhecido pela OCDE¹⁶, as normas vigentes sobre os preços de transferência são muitas vezes objeto de “aplicação errônea a fim de obter resultados nos quais a atribuição de benefícios não está alinhada com a atividade econômica que os gera”.

Nesse sentido, verifica-se que as empresas multinacionais alocam ativos intangíveis em jurisdições de baixa tributação, de forma a maximizar seus lucros, com base na simples utilização de preços de transferência que, por sua vez, se mostram insuficientes.

Por fim, destaca-se a importante orientação trazida no escopo da Ação 15 – instrumento multilateral -, aplicável no âmbito da tributação da economia digital, em que foi sugerido o desenvolvimento de um Convênio Multilateral, a ser celebrado entre os países.

Segundo Marcus Lívio Gomes¹⁷, o referido convênio se presta a “possibilitar a incorporação dos planos de ações pelas jurisdições sem a necessidade de renegociação dos mais 3.000 CTDRs celebrados, posto que bilaterais”.

Visando criar condições para a mudança de um paradigma baseado em acordos bilaterais, e caminhando-se para um regime colaborativo e multilateral, a Ação 15 do Projeto BEPS apresenta como pedras-de-toque: demonstrar que um instrumento multilateral é desejável e possível; simplificar a instituição de medidas de combate à erosão da base tributável e transferência de lucros relacionadas a tratados, e; desenvolver um instrumento multilateral por intermédio de uma Conferência Internacional.

¹⁵ Ibid., p. 21-23.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Ações 8-10 – alinhando preços de transferência com criação de valor. In: OECD/G20. *Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 11.

¹⁷ GOMES, Marcus Lívio. Relatório do projeto de pesquisa coletiva “Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)”. In: _; SCHOUERI, Luís Eduardo. *A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. V. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 23.

As vantagens do desenvolvimento de um instrumento multilateral são elencadas por Caio Augusto Takano¹⁸:

[...] Essa opção apresenta como principais vantagens: (i) a uniformidade de regras de tributação interfronteiriças em relação à variedade de regras existentes nos tratados bilaterais, o que evitaria problemas de interpretação e aplicação dos tratados; e, ainda, (ii) a resolução mais eficaz das situações triangulares que podem surgir em decorrência de uma aproximação eminentemente bilateral [...].

Percebe-se, portanto, que o Projeto BEPS pontua a necessidade da implementação de medidas multilaterais e com base na cooperação, de forma a corrigir as fricções e os efeitos nocivos da concorrência fiscal no regime tributário internacional.

3. OS DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO BEPS E AS MEDIDAS ADOTADAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Em continuidade aos estudos iniciados no Plano de Ação 1, a OCDE publicou um relatório intermediário em março de 2018, divulgando a implementação das medidas sugeridas em 2015 e as políticas adotadas globalmente. Neste íterim, o Grupo de Trabalho sobre Economia Digital (TFDE – *Task Force on Digital Economy*) analisou uma variedade de opções em potencial, incluindo alternativas ao conceito atual de estabelecimento permanente, com base em uma presença econômica significativa.

No entanto, a falta de consenso em relação à adoção das opções discutidas no Relatório da Ação 1, no sentido de adoção de um padrão internacional, levou muitos países a explorarem medidas alternativas na tributação de empresas digitalizadas. Na prática, verificam-se mudanças no direito interno que buscam proteger ou expandir a tributação na origem do comércio *on-line*, com base no lucro ou algum outro fator.

Denota-se, por outro lado, que os membros da OCDE compartilham um interesse comum em manter um conjunto relevante e coerente de regras internacionais para abordar a tributação internacional dos lucros, reconhecendo a relevância de uma abordagem multilateral para reduzir as distorções ao investimento e ao crescimento.

Sob esse aspecto, há de se reconhecer que a implementação de um instrumento multilateral, como sugerido na Ação 15, dista de ser simples. Dentre os desafios apontados pela própria OCDE, destacam-se, precipuamente, o desenvolvimento de meios para garantir a

¹⁸ TAKANO, Caio Augusto. Ação 15 do BEPS e os desafios do multilateralismo. In: *ibidem*. p. 277.

execução do tratado multilateral, uma vez que não haverá um órgão supranacional incumbido, bem como a conformidade deste com os requerimentos constitucionais de cada país.

Para tanto, a OCDE apresenta diversas medidas para superar tais dificuldades, de modo a assegurar uma flexibilização do comprometimento de diferentes países na assinatura dos tratados multilaterais, pelo que Caio Augusto Takano¹⁹ sintetiza de forma elucidativa:

[...] entre outras possibilidades, poderão os países optar por: (i) excluir, em todo ou em parte, certas cláusulas; (ii) conferir medidas alternativas; ou (iii) possibilitar que as partes se comprometam com medidas adicionais (pela inclusão de um protocolo adicional ao tratado principal, desde que não interfira no objetivo geral de combater o BEPS de forma coordenada).

De modo geral, os países concordam em empreender uma revisão coerente e simultânea a respeito do nexos e das regras de alocação de lucro, a despeito da falta de consenso global sobre a solução a ser adotada a curto prazo. Neste contexto, é possível identificar medidas tributárias potencialmente relevantes e que foram introduzidas pelos países.

De início, alguns países procederam à reconsideração da definição de estabelecimento permanente no âmbito da legislação nacional e dos tratados fiscais. Denota-se que as emendas ou novas interpretações ao referido conceito se prestam, precipuamente, a diluir a exigência de permanência e presença física em uma localização específica, com o intuito de estabelecer um nexos para a tributação na fonte.

Consequentemente, em relação aos impostos retidos na fonte, as medidas têm o efeito de considerar a existência de estabelecimento permanente em circunstâncias em que normalmente não existiria com a abordagem tradicional. Sob esse aspecto, destacam-se medidas que se baseiam em fatores de presença digital para estabelecer uma presença tributável.

A esse propósito, o critério da presença digital inclui uma variedade de fatores não físicos destinados a evidenciar uma interação intencional com o mercado econômico de um país por vias digitais. Em outras palavras, a empresa não residente, fisicamente instalada em determinado país, adota medidas proativas voltadas à manutenção de uma interação contínua com usuários e clientes de outro país.

Por exemplo, a OCDE elencou, dentre as medidas implementadas pelos países, o teste da presença econômica significativa introduzido em abril de 2016 pela autoridade tributária de Israel, e a definição ampliada de local fixo de negócios para determinadas plataformas digitais introduzida em 2017 na República Eslovaca.

¹⁹TAKANO, Caio Augusto. Ação 15 do BEPS e os desafios do multilateralismo. In: *Ibidem*, p. 280.



Destaca-se, ainda, importante proposta de Diretiva elaborada pela Comissão Europeia, em 21 de março de 2018, que apresentou um pacote de regras para assegurar a tributação das atividades digitais na União Europeia.

Em primeiro lugar, sugeriu uma reforma tributária abrangente e a longo prazo com a revisão do conceito de estabelecimento permanente para a introdução do conceito de presença digital significativa (*significant digital presence* - SDP), em relação às regras de tributação de pessoas jurídicas com um nível de interação significativo com os usuários por meios digitais.

Como bem ensina Clotilde Celorico Palma²⁰:

[...] Os lucros imputáveis à presença digital significativa ou com ela relacionados devem ser aqueles que a presença digital teria obtido se fosse uma empresa separada e independente a exercer as mesmas atividades ou atividades similares, nas mesmas condições ou em condições semelhantes, em especial nas suas relações com outras partes da empresa, tendo em conta as funções desempenhadas, os activos e os riscos assumidos por meio de uma interface digital.

Já em relação à solução a curto prazo, a União Europeia sugere a adoção de um tributo provisório destinado à geração de receitas imediatas para os Estados Membros, sobre atividades que atualmente não são tributadas eficazmente.

De acordo com o pacote fiscal da proposta de Diretiva²¹, o Imposto sobre Serviços Digitais (ISD) é aplicável sobre receitas provenientes de determinadas atividades digitais relevantes à criação de valor, tais como, (i) a venda de espaços publicitários *on-line*; (b) as atividades digitais intermediárias que permitem a interação entre usuários, e que facilitam a venda de bens e serviços entre estes; (c) a venda de dados gerados a partir de informações prestadas pelos usuários.

Vislumbra-se, assim, que soluções preliminares sugeridas pela OCDE no Projeto BEPS têm sido abordadas e implementadas em diversos países, como opção às tradicionais regras de tributação internacional. Outrossim, verifica-se que a OCDE e a União Europeia tendem à introdução do critério de presença digital significativa ao conceito de estabelecimento permanente, bem como à criação de um novo tributo específico para lidar com os fatos econômicos da economia digital.

²⁰PALMA, Clotilde. A tributação da economia digital e a evolução recente na União Europeia. In: PISCITELLI, Tathiane (coordenação). *Tributação da economia digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 54-55.

²¹EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a Council Directive*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/proposal_common_system_digital_services_tax_2103_2018_en.pdf>. Acesso em: 18 set. 2019.

CONCLUSÃO

Nas últimas décadas, o mundo vem presenciando uma série de mudanças em decorrência da globalização, da socialização de riscos e da crescente economia digital, especialmente no âmbito do Direito Tributário Internacional. Surge, então, um novo contexto internacional que impõe a busca por novas soluções às celeumas fiscais.

A necessidade da mudança do paradigma de tributação internacional é medida que se impõe, uma vez que o modelo atual se mostra capaz de acompanhar o cenário econômico mundial, caracterizado, precipuamente, pela universalização das relações econômicas e pela integração dos mercados em bases mundiais, por meio do crescente e acelerado desenvolvimento da economia digital.

Pois, a construção do regime tributário, formado basicamente por legislações domésticas e tratados fiscais contra a dupla tributação, não é abrangente e as fricções entre os diferentes sistemas tributários dos países soberanos, que, sob uma ótica de competitividade fiscal, dão azo ao planejamento tributário agressivo.

Diante da competição por investimentos internacionais, as jurisdições de tributação favorecida acabam por oferecer vantagens fiscais a troca de se fomentar no país de origem das empresas multinacionais, possibilitando a realocação de lucros por grandes empresas multinacionais e acometendo a constrição da base tributária dos Estados de origem.

Portanto, o paradigma que norteia as relações tributárias se encontra ultrapassado e ineficaz na erradicação da fraude fiscal em nível global. Por essa razão, a OCDE ofereceu novas soluções ao fenômeno da erosão da base tributária e transferência artificial de lucros, contidas nos planos de ação do Projeto BEPS.

Nesse sentido, a celebração de tratados multilaterais se mostra o melhor caminho para se alcançar a desejada harmonia entre nações, motivo pelo qual os governos têm concordado em explorar a viabilidade de um instrumento multilateral que, segundo a OCDE, “tivesse os mesmos efeitos de uma renegociação simultânea de tratados fiscais bilaterais”.

Isto porque, as políticas tributárias, sem embargo integrem o cerne da soberania entre países, não podem mais ser pensadas isoladamente. Pois, as práticas fiscais danosas consistentes na erosão da base tributária e na transferência artificial de lucros implicam, em última análise, na redução do bem-estar de todos os países envolvidos.

Como denota-se, porém, a adoção de uma solução multilateral e cooperativa traz muitos desafios, como a exigência de uma grande aceitação por países de níveis socioeconômicos distintos. Porém, de todo o modo, figura como o caminho que oferece meios

realistas ao combate da erosão da base tributária e transferência de lucros, especialmente no que concerne à economia eletrônica internacional, figurando, assim, como o primeiro e importante passo do Direito Tributário Internacional nessa direção.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *World risk society*. Cambridge: Polity Press, 1999.

BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida tax review*, Gainesville, v. 16, n. 2, 2014.

BRIGAGÃO, Gustavo. *O Beps e os desafios da tributação eletrônica internacional*. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-dez-06/consultor-tributario-beps-desafios-tributacao-eletronica-internacional>. Acesso em: 03 set. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a Council Directive*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/proposal_common_system_digital_services_tax_21032018_en.pdf>. Acesso em: 18 set. 2019.

GOMES, Marcus Lívio. Relatório do projeto de pesquisa coletiva “Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)”. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo. *A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. V. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LAVEZ, Raphael A. Beps: para quem? Avaliando o projeto da OCDE a partir do princípio arm’s length. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo. *A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. V. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LI, Jinyan. *Protecting the tax base in the digital economy*. Toronto: United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries, 2018.

PALMA, Clotilde. A tributação da economia digital e a evolução recente na União Europeia. In: PISCITELLI, Tathiane (coordenação). *Tributação da economia digital*. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018.

ROCHA, Sérgio André. *Tributação internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____. *Troca Internacional de Informações para Fins Fiscais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ROCHA, Sérgio André; CASTRO, Diana. Plano de ação 1 do BEPS e as diretrizes gerais da OCDE. In: PISCITELLI, Tathiane (coordenação). *Tributação da economia digital*. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018.

RUSSO, Rafaele. *Fundamentals of internacional tax planning*. Amsterdã: IBFD, 2007.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Action 1 – Addressing the tax challenges of the digital economy*. Paris: OECD Publishing, 2015.

_____. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD Publishing, 2013.

_____. *Perspectivas de la OCDE sobre la Economía Digital 2017*. Cidade do México: OCDE Publishing, 2018.

_____. *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*. Paris: OECD Publishing, 2014.

_____. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*. Paris: OCDE Publishing, 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Globalização, investimentos e tributação: desafios da concorrência internacional ao sistema tributário brasileiro. *Revista brasileira de comércio exterior*, Rio de Janeiro, n. 113, dez. 2012.

_____. O projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo. *A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TAKANO, Caio Augusto. Erosão da base tributável e a transferência de resultados: o caminho para o multilateralismo e novas perspectivas à soberania fiscal. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 32, 2014, p. 63.

_____. Ação 15 do BEPS e os desafios do multilateralismo. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo. *A Tributação Internacional na era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. V. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.



A EXTINTA ENFITEUSE PRESENTE NOS DIAS ATUAIS, E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL FRENTE A ESPECULAÇÃO IMOBILIÁRIA

Valeria Cristina Ribeiro

Graduada pela Faculdade de Direito
CNEC / Rio das Ostras.

Resumo – A Enfiteuse apesar de extinta no Código Civil de 2002, está mais presente do que nunca, e consiste na propriedade em domínio direto e útil. Inicialmente as Enfiteuses foram terras cedidas pela União, e sua extinção se destina a uma pequena e específica parcela da população. Da extinção da Enfiteuse ao direito de superfície, O CC de 2002 busca atender ao princípio da função social da propriedade. Diante do problema da falta de habitação, deficiente planejamento e aproveitamento do solo, o Códex inaugura o Direito de Superfície, diante da extinção da Enfiteuse. Os atuais ocupantes que cumpriram com a finalidade e os requisitos do instituto da Enfiteuse não se encontram mais amparados pelo Códex como antes. Desta forma a extinção da Enfiteuse, privilegia aos especuladores imobiliários e aos detentores de grande parte do solo urbano. O direito justo e sustentável é constitucionalizado no Brasil em uma série de outras leis, a principal delas é a Lei nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade. Sendo a Enfiteuse aqui tratada a administrativa, a competência é da Justiça Federal para decidir assuntos em que há interesses da União. Enfiteuses sendo terras cedidas pela União, observa-se que depois de décadas, preenchidos os requisitos, os Enfiteutas passam a ter direito a Usucapião de Domínio útil.

Palavras-chave – Direito de Propriedade. Direito à Moradia. Enfiteuse. Direito de Superfície. União; usucapião; justiça federal.

Sumário – Introdução 1. A enfiteuse, o direito de moradia e a especulação imobiliária. 2. Enfiteuse comparada ao direito de superfície. 3. Usucapião do domínio útil da Enfiteuse: competência da União e jurisprudência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito de propriedade é tido como o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas. O conceito de propriedade sofre uma grande mudança através do tempo e, no século XX, perde grande parte do seu significado absoluto para atender as mudanças sociais que se impõem diante da nova ordem econômica. Passa, então, a ter uma função social, sendo um instrumento para assegurar a subsistência individual do proprietário e limitar o poder de autodeterminação um fator básico da ordem social.

Dividido em três capítulos, o tema inicialmente aborda a enfiteuse, seu conceito, características e extinção. Verificando se há atualmente a garantia legal para herdeiros sucessórios e futuras gerações, do Direito de usufruírem em sua plenitude, de terras da União,

cedidas pelo Instituto da Enfitense.

Em seguida, o segundo capítulo, trata do novo Direito de superfície: conceito; modos de aquisição; transferência e extinção. Discorrendo sobre Direito de Superfície, o uso, o usufruto e a enfitense no campo jurídico, e o que eles tem em comum, embora entre não haja confusão, não seria o Direito de Superfície nada mais do que um arrendamento. Igualmente não se confunde o aludido instituto com a locação ou a parceria, pois estes são direitos obrigacionais e a superfície é um direito real.

Por último, o terceiro capítulo também tem como objetivo discutir a competência da justiça federal e não da Justiça Estadual, para julgar os processos que discutem o domínio útil das terras cedidas pela União a título de enfitense.

Espera-se que o presente trabalho venha enriquecer o debate sobre este novo instituto jurídico: o direito de superfície e seus reflexos no direito de propriedade, especialmente, relacionando o problema da moradia no Brasil com os direitos da enfitense e de superfície. Sendo o direito de moradia um princípio constitucional pouco respeitado no Brasil, o estudo espera trazer uma nova perspectiva para a solução do problema.

Assim, a presente pesquisa bibliográfica a ser desenvolvida se baseia no método dedutivo-explicativo, estabelecida a partir de uma metodologia de renomados autores sobre o assunto proposto, através de artigos e periódicos, revistas jurídicas e busca em *sites*, em busca de material para as informações que consiste esmiuçar todo o assunto aplicado às regras e normas através da legislação pertinente, a saber, que pretendo aprimorar para os meus conhecimentos nesta minha especialização.

1. A ENFITEUSE, O DIREITO DE MORADIA E A ESPECULAÇÃO IMOBILIÁRIA

A enfitense é instituto jurídico sobre uso e gozo de bens imóveis. Maria Helena Diniz¹ afirma que a origem enfitense se deu na era helênica, tendo como seu nascedouro a Grécia, por volta do século V a. C., depois indo para o direito romano. A era Justiniana deu caráter perpétuo e classificou a Enfitense como direito real. Quem arrendasse era obrigado a deixar a terra, na medida em que o Enfiteuta se comprometia a pagar um certo valor.

Os Direitos e obrigações entre os enfiteutas e os Donos das terras na lei Justiniana apresentavam desequilíbrio, pois o proprietário tinha interesse econômico em suas terras,

¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 19 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 340.



mesmo não as explorando diretamente. A organização feudal do Estado na idade média não tolerava a existência de terra sem senhor e vassalos.

No período feudal surge a Teoria dos dois domínios, que é *actio utilis* concedida ao enfiteuta; perda do domínio por parte do concedente da enfiteuse para, em seu lugar receber uma renda perpétua por parte do enfiteuta, chamada de foro, laudêmio e preferência.

A Propriedade romana passa a não ter mais caráter unitário desdobrando aceitando superpostos, superiores e inferiores domínios. O domínio do senhorio passou a ser direto e o domínio do enfiteuta a ser útil, que podia de igual modo estabelecer subenfiteuses, desfrutando dupla posição de foreiro ante o senhorio e de sub-senhorio ante o subenfiteuta.

O Brasil descoberto por Portugal, o solo passa ao domínio do vencedor. As Terras brasileiras, propriedade da Coroa de Portugal. Com as sesmarias a Coroa Portuguesa doou terras brasileiras aos particulares para que edificassem as suas casas. Objetivo não alcançado e a não construção das suas moradias, voltavam as terras ao domínio da Coroa, consideradas assim devolutas. As terras objeto de doação fruto das sesmarias e as terras devolutas, a enfiteuse.

Marco do Direito Civil brasileiro foi o Código Civil de 1916, normas civilistas com influência estrangeira em suas letras. Afirma Caio Mário da Silva Pereira² que Código Civil de 1916, deu ao instituto da enfiteuse tratamento que eliminou todas estas interferências retirando tudo que não fosse técnico. A enfiteuse particular passa a ter características de dualidade de domínio, perpetuidade, e pagamento de foro e laudêmio.

Em 1950, 1965 e em 1969, tentativas frustradas de acabar com a enfiteuse. O Código Civil de 2002 proíbi então expressamente novas enfiteuses e subenfiteuses ressalvadas as constituídas, sempre analisadas sob a égide do Código Civil de 1916.

A Enfiteuse regulada pelo Código Civil se apresenta em duas modalidades, a do Art. 2.038 do Código Civil de 2002, a chamada Enfiteuse Civil e a enfiteuse administrativa ou especial, constituída sobre os imóveis dominiais da União.

O STJ entende que laudêmio é a compensação assegurada ao senhorio direto por este não exigir a volta do domínio útil do terreno de marinha às suas mãos ou de direitos sobre benfeitorias nele construídas. Tal vantagem tem por fato gerador a alienação desse domínio ou desses direitos e uma base de cálculo previamente fixada em Decreto próprio.

Importante se faz destacar Legislações que regulamentam e instruem o Instituto da Enfiteuse:

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 217.

Dispõe sobre os bens imóveis da União, Decreto-Lei nº 9.760/46³:

Art. 1º Incluem-se entre os bens imóveis da União:

a) os terrenos de marinha e seus acrescidos;

Art. 2º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831:

a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;

b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.

Art. 3º São terrenos acrescidos de marinha os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha.

A regularização⁴, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, são regulados pela Lei nº 9.636/98. Já a Lei nº 5.972/73⁵ regula o procedimento para o Registro da propriedade de bens imóveis discriminados administrativamente ou possuídos pela União.

O Decreto nº 2.398/87⁶ disciplina os valores devidos a título de foro e laudêmio, assim como as certidões exigíveis para a negociação de imóveis da União aforados, e as informações a serem prestadas pelos Cartórios de Notas, Registro de Imóveis e de Títulos e Documentos relativas a essas transações, por meio da Declaração de Operação Imobiliária em Terrenos da União.

O ADCT, Art. 49, §3º, da CF/1988⁷ impõe o regime de enfiteuse aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança. Enquanto a Medida Provisória 759/2016 promete acelerar os procedimentos de alienação de imóveis da União.

Tratada a natureza jurídica de Direito Real, objeto, características, legislação pertinente, necessário averiguar que não há falar em imóvel no litoral sem tratar da

³ BRASIL. *Decreto-Lei n. 9.760*, de 5 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del9760.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

⁴ BRASIL. *Lei nº 9.636*, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11328364/artigo-18-da-lei-n-9636-de-15-de-maio-de-1998>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

⁵ BRASIL. *Lei nº 5.972*, de 11 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15972.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019.

⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.398*, de 21 de dezembro de 1987. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del2398.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Atos decorrentes do disposto no § 3º do art. 5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 abr. 2019.

enfiteuse, aforamento ou empraçamento, que seria uma espécie de direito real sobre imóvel alheio, senhorio transfere ao enfiteuta com caráter perpétuo, o domínio útil, a posse direta, o uso, o gozo e o direito de disposição sobre bem imóvel, mediante pagamento de renda anual foro, laudêmio.

A aquisição do domínio útil através do contrato de aforamento gera também a obrigação de comunicar a Prefeitura do Município onde está localizado o imóvel, para consequente arrecadamento de ITBI e IPTU.

A desapropriação autoriza a União a repassar o direito de posse e uso do particular de volta para o poder público. Exemplo foi o que ocorreu com Edifício Muralha, no Rio Grande do Sul. O imóvel durante muitos anos teve o domínio útil e o direito de uso do prédio concedido ao Citibank S. A por meio de enfiteuse, ao qual o proprietário dá o direito de posse e uso de um bem a um terceiro mediante pagamento de uma taxa anual.

O Citibank sofreu a desapropriação⁸ e perdeu o seu direito da execução de suas atividades e serviços no edifício fruto do instituto da enfiteuse, declarado de utilidade pública por decreto em 25/09/2013, assinada pelo então vice-presidente Michel Temer, no exercício do cargo de presidente da República.

A CCJ aprovou projeto de lei da Câmara que autoriza o Poder Executivo a desapropriar, em favor da União. Recomendou a sua aprovação por reconhecer a necessidade de destinação do uso do imóvel ao TRE/RS para o desempenho de suas relevantes funções público, de natureza administrativa ou judicial.

2. ENFITEUSE AUSENTE NO CC DE 2002, PRESENTE NOS DIAS ATUAIS COMPARADA AO DIREITO DE SUPERFÍCIE

O direito à moradia é garantia do direito de Superfície⁹ que originalmente em Roma já era utilizada pelos governantes e a igreja, com seus padrões sociais. Expressou a Nação este direito na legislação atual, sendo certo que em 2001 no Estatuto da Terra, houve limite impostos aos imóveis urbanos¹⁰.

⁸ BRASIL. Agência do Senado. *Desapropriação de imóvel do RS*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/04/18/desapropriacao-de-imovel-do-rs-em-favor-da-justica-eleitoral-e-aprovada-na-ccj>>. Acesso em: 04 mai. 2019.

⁹ DINIZ, op. cit., p. 355.

¹⁰ BRASIL. *Lei n° 6.766*, de 19 de dezembro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm>. Acesso: 10 ago. 2019.

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XXIII, determina que toda propriedade deve cumprir obrigatoriamente uma função social. Ao garantir o direito de propriedade, considerou a questão de suas restrições, que reaparece em forma analítica no art. 170, sob o título “Da ordem econômica e social”, que tem por escopo realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social com base em princípios.

Princípios Constitucionais estes que são: liberdade de iniciativa; valorização do trabalho como condição da dignidade humana; função social da propriedade; harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção.

Em meio a estas garantias por meio dos princípios, há limitações ao direito de propriedade, como repressão não só ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, como também à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros e expansão das oportunidades de emprego produtivo.

O direito de superfície segundo Stolze¹¹ é tipo de moradia que resulta do direito de sobrelevação, ou ainda, do direito de laje, muito utilizado, positivado no Código civil de 2002. O novo Código Civil prevê que o Direito de Superfície é exercido mediante ao direito à função social da propriedade, com características da permissão e uso do solo sem a perda do direito da propriedade de uso comum do povo, para ser aplicada às condições de moradias urbanas.

As Leis, de nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) em seus artigos 21 a 23, e 10.406/2002 (Código Civil), nos artigos 1.369 a 1.377, com as divergências superadas, diante da necessidade de utilização do solo em relação ao crescimento populacional, vem admitindo a sobre elevação das propriedades.

Para atingir estes objetivos, importante atenção para Constituição Federal, sobre o estabelecido para a função social da propriedade no artigo 5º, XXIII, e 6º, direito à moradia.

O artigo 1.299 do Código Civil¹² estabelece que direito da propriedade é direito social como foco no direito de solo, sem alteração da propriedade para o seu uso comum.

Alguns países, todavia, mantém em seus códigos a superfície ao lado da enfiteuse, distinguindo-lhes as finalidades, como o faz o Código Civil italiano, ou não as distinguindo, como ocorre com o Código Civil português.

¹¹ STOLZE, Pablo. *Direito real de laje: primeiras impressões*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/417476632/direito-real-de-laje-primeiras-impressoes>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

¹² BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 mai. 2019.

O Direito real permitia que o direito de superfície fosse aplicado como construção e não como plantação no solo alheio. O Direito de Superfície visa condicionar direito de moradia para toda pessoa.

O direito de superfície foi sendo institucionalizado nas constituições legislativas, sedimentando o direito de solo, de superfície, em coisa alheia, como característica de política urbanística.

A CRFB de 1988¹³, estabelece que o Direito de Superfície é marco na questão dos Direitos Sociais, vez que assegura garantias ao direito de moradia, dentre outros direitos disponíveis às pessoas, visando melhor convivência social.

Nestes termos, têm-se que a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade praticam autonomamente ações descentralizadoras, assegurando ao Município a devida competência para ocupação do uso do solo condicionado às normas da política urbana. Restando a análise e aplicabilidade cível, abordando especificamente as regras do referido Estatuto, em meio às normas distintas abrangentes ao Código Civil.

Questões relacionadas à conceituação do Direito de Superfície, divergem entre o que seria direito real e direito sobre a coisa alheia, mas, são institutos com argumentos comuns. O Direito de propriedade é um direito de solo sobre a propriedade de outrem, sobre a coisa alheia, que não discorda ou confrontando outros interesses.

A natureza jurídica do direito de superfície é entendida por Stolze¹⁴ como direito real sobre coisa alheia, na pessoa do superficiário. Já o proprietário do solo, é aquele que mantém a titularidade sobre o coisa, e portanto, não necessitando de desdobramento para a superfície e o solo, cada um com sua propriedade autonomamente.

A Doutrina que o direito de superfície é tanto um direito real sobre coisa alheia, como um direito de propriedade. Dizem eles, que é um direito real sobre coisa alheia, pois, sua formação concede ao titular da propriedade uma cessão ou plantação da área de solo, que por sua vez detém ao superficiário, essa propriedade incorporada.

Juridicamente, o Direito de Superfície se encontra previsto no art. 1.369 e seu parágrafo único do novo Código Civil de 2002, assim preceituado, “*in verbis*”:

Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Registro de Imóveis.

¹³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1988.htm>. Acesso em: 08 jul. 2019.

¹⁴ STOLZE, op. cit., nota 11.

Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

Neste entendimento, a natureza jurídica da superfície, segundo Diniz, é direito real de fruição sobre coisa alheia, que não atinge a propriedade do dono do solo, por afastar a acessão¹⁵.

Como dito, direito do concedente ser proprietário do subsolo, do espaço aéreo e parte remanescente do solo da propriedade, pode reivindicar a coisa, objeto de terceiros. Ainda, ajuizar ações possessórias, como manutenção e reintegração de posse, em decorrência de agressões ao seu direito; e ações petitórias, como reivindicatória, negatória e confessória, em prol da posse.

O superficiário, tem como principal dever suportar o exercício da superfície. Em relação às obrigações tributárias, é o superficiário que responderá pelos encargos e tributos devidos que incidirem sobre a propriedade, proporcional a ocupação da área do direito de superfície.

A sobrelevação, é a possibilidade do titular da propriedade superficiária construir ou um terceiro que construa, sobre a sua propriedade superficiária¹⁶. A sobrelevação é o direito de superfície como ferramenta no direito de propriedade para o atingir sua função social.

O Estatuto da Cidade¹⁷ prevê a extinção do direito de superfície pelo advento do termo e descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário, em razão de direito de solo que são a expropriação e a confusão entre os titulares.

O Estatuto da Cidade e o novo Código Civil estabelecem normas de direito à moradia de superfície, não podendo a mesma ter uma visão aparente, mas sim viabilizar necessidades sociais quanto à função social, no sentido de garantir à toda coletividade, e outros direitos sociais constitucionais e cíveis de forma justa, digna e solidária a todos.

3. USUCAPIÃO DE DOMÍNIO ÚTIL DO EMPRAZAMENTO ADMINISTRATIVO, COMPETÊNCIA FEDERAL FRENTE A ESPECULAÇÃO IMOBILIÁRIA

A enfiteuse, aforamento ou empraçamento, são sinônimos conforme o artigo 678 do Código Civil de 1916. O Instituto da enfiteuse foi extinto no Código de 2002, mas sempre

¹⁵ DINIZ, op. cit., p. 349.

¹⁶ STOLZE, op. cit., nota 11.

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 10.257*, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 8 ago. 2017.

presente nos dias atuais. Caio Mário da Silva Pereira define Enfiteuse como Situação Jurídica análoga à propriedade¹⁸.

Segue explicando o referido autor que o domínio pleno, que é propriedade, podem se dar o Domínio útil e o Domínio direto. O Domínio direto é a nua propriedade exercida pelo seu senhorio, o proprietário direto, já o Domínio útil é exercida pelo Enfiteuta, pois não tendo a propriedade plena tem direito a posse, uso e gozo do imóvel aforado. Constituída era a Enfiteuse quando o proprietário transferia seu imóvel ao Enfiteuta que o adquiria pagando um valor anual certo e invariável ao Senhorio direto.

Apesar das Enfiteuses estarem fadadas a extinção, o foro e laudêmio de terrenos de marinha continuam sendo devidos. A Enfiteuse por sua tônica medieval deve ser eliminada, este é o entendimento majoritário, isto porque o Código Civil de 2002¹⁹ passou a tratá-la tão somente nas disposições transitórias.

Ocorre que por ter a Enfiteuse sido instituída também no âmbito privado por famílias Imperiais, criadas por capitâneas hereditárias, essas foram extintas. A Enfiteuse permite o direito de resgate que é a transferência pelo Enfiteuta para domínio útil em sede administrativa, com pedido formulado no âmbito da sua respectiva Prefeitura.

Salienta-se que a cobrança da enfiteuse é realizada pela Prefeitura Municipal, mas a arrecadação se destina a União, eis que no caso de terreno de marinha é a oficial detentora do terreno. Existem como exemplo, casas na Rua Vila Alberto Ribeiro no Horto Jardim Botânico/RJ.

A constituição de terrenos de marinha também se deu nas propriedades no entorno de lagoas, como Rodrigo de Freitas, Barra, Jacarepaguá, Niterói, e terrenos anteriormente não conhecidos como de marinha. A constatação pode se dar por certidão de Enfiteuse a ser pedido no Ministério da Economia, Planejamento, Desenvolvimento e Gestão da União²⁰.

O foro é valor anual que o Enfiteuta tem que pagar correspondente a 0,6% sobre o valor do terreno. O laudêmio é devido quando o Enfiteuta aliena a propriedade para que outro a explore; valor devido de taxa será de 2,5% do valor do total do terreno em negócio. Isto se o Enfiteuta não estipular outro valor no título do aforamento sobre o preço da alienação.

¹⁸ PEREIRA. op. cit., p. 226.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

²⁰ BRASIL. *Ministério da Economia Planejamento, Desenvolvimento e Gestão*. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/servicos/servicos-patrimonio-da-uniao>>. Acesso em: 17 set. 2019.

A responsabilidade de arcar com os tributos é do Enfiteuta, e para isto, necessidade de constatação do enquadramento da área como uma enfiteuse de terreno de marinha. Outros requisitos devem ser observados para devido pagamento do imposto. O foro deve ser cobrado pelo terreno, e não pela área construída, diferente o laudêmio que é cobrado sobre o valor da alienação.

A transferência do registro do bem só ocorrerá com a quitação dos tributos. Quanto a aquisição do imóvel em área de marinha, é possível a respeito do dever de pagar o imposto, ser questionado judicialmente, sendo a responsabilidade do foreiro, pelos impostos e ônus reais. Competirá ao enfiteuta pagar os impostos e ônus reais que o imóvel aforado deve, uma vez que é ele quem goza do bem, retirando todas as suas utilidades.

O STJ no Resp nº 1.404.649 - PE (2013/0314912-6)²¹ já reconheceu os terrenos de marinha como bens públicos que se destinam à defesa territorial e à proteção do meio ambiente e sua ocupação por particulares é possível diante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da sua transferência, e mais e conheceu que, em tese, possível Usucapião de Domínio útil.

Salienta-se que a especulação imobiliária vem assolando os Enfiteutas, que com ordens judiciais estaduais de despejo, buscam retirar moradores das vilas do Horto RJ, por exemplo, que por décadas residem no local. Estas Enfiteuses foram cedidas pela falida Indústria Fabril aos seus operários e atualmente “novos proprietários” reclamam judicialmente no âmbito estadual, por “suas terras”, sob o argumento de que o Instituto de Pesquisa do Horto Jardim Botânico deve ampliar suas atividades²²

A União, que inicialmente desenvolveu uma política de regularização fundiária para a região do Horto, prezando pela permanência dos moradores no local e reconhecendo a sua história, vem mudando de posição após a decisão do TCU e da Comissão Interministerial, que apresentou como imprescindível uma extensa área para o IP Jardim Botânico exercer as suas atividades²³.

A especulação imobiliária existente nesta área, é atualmente responsável pelo despejo de gerações de famílias Enfiteutas, herdeiros por sucessão, que por estarem ocupando por mais de 45 anos, desconhecem seu direito a Usucapião de Domínio útil a ser

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.404.649*. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/580030345/andamento-do-processo-n-2013-0314912-6-recurso-especial-21-05-2018-do-stj?ref=topic_feed >. Acesso em: 18 set. 2019.

²² BRASIL. *Instrução Normativa nº 3*, de 9 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/24505715/do1-2016-11-14-instrucao-normativa-n-3-de-9-de-novembro-de-2016-24505569>. Acesso em: 21 set. 2109.

²³ Ibid.

proposta a Justiça Federal. Competência esta como já documentada, exclusiva e absoluta é da Justiça Federal, pois nestas Enfiteuses há interesse direto da União.

Conforme já mencionado, o terreno da Enfiteuse aqui a ser tratada é a Administrativa. Esta tem origem pública em terras de marinha que são terras da União. No caso de terrenos em áreas de marinha, objeto deste artigo, os valores devidos pelo Enfiteuta, o laudêmio e foro, são cobrados pela Prefeitura Municipal a benefício da União.

Sendo terras da União não há falar em competência da Justiça Estadual conforme pretende União cedidas a falida Indústria Fabril. Quando se discute terras da União indiscutível que sim, a competência é da Federal²⁴

CONCLUSÃO

Esta Pesquisa constatou que muito embora Enfiteuse não mais tenha previsão expressa no Código Civil de 2002, ainda existem problemas a serem enfrentados pelos Tribunais quanto a especulação imobiliária que cerca os Enfiteutas e os superficiários.

A Enfiteuse já apontava para função social da propriedade, quando utilizada para a edificação, plantio, ocupação e aproveitamento mais intenso das terras. Muitas cidades brasileiras têm propriedades em áreas cujos negócios jurídicos sobre imóveis se originaram no Instituto da Enfiteuse, hoje fadados ao processo de caducidade e constitucionalmente destinado à extinção.

Ainda neste sentido se pode deduzir que a Enfiteuse de forma implícita pelo Código Civil, se apresenta em duas modalidades, a do Art. 2.038 do Código Civil de 2002, a chamada Enfiteuse Civil e a enfiteuse administrativa ou especial, constituída sobre os imóveis dominiais da União.

Positivado o Estado passa a reconhecer o Direito de Superfície como uma das alternativas no direito á propriedade. A presença do direito de superfície no ordenamento atual representa a adequada solução jurídica às necessidades sociais. De certa forma certificou-se que o Direito de Superfície substitui o instituto da Enfiteuse, ainda que não resolvendo os problemas que surgem sobre o Instituto.

²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.201.256*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1026246&num_registro=201001237860&data=20110222&formato=PDF> Acesso em: 18 set. 2019.

Reconhece-se neste estudo a grande importância da Enfitese na constituição do que pode se compreender como Brasil, porém as perspectivas futuras indicam como acertada a opção legislativa em tacitamente substituí-la pelo novo instituto da superfície.

Observou-se no entanto que o Instituto estudado, teve e ainda tem grande utilidade para maior dinamização do domínio, na produtividade do bem que se encontrava em situação irregular. Assim em contrapartida, verificou-se que o STJ entende dever haver compensação assegurada ao senhorio direto, por meio do laudêmio, pela perda do direito domínio útil do terreno de marinha, ou de benfeitorias nele construídas.

Compreendido que tanto aos Enfiteutas quanto aos superficiários, é devida a proteção Estatal quanto as especulações dos negócios imobiliários existentes. Analisou-se que assevera a CRFB de 1988 o Direito de Superfície também nestes casos, como sendo um dos Direitos Sociais, assegurando garantia ao direito de moradia, tendo como foco tentativa de melhorias na convivência social.

Certificado o dever de garantir aos Enfiteutas e aos superficiários presentes nos dias de hoje, o devido conhecimento de seus direitos no manejo de Instrumentos Processuais, como por exemplo a Ação de Usucapião de Domínio útil destas terras para sua regularização.

Visto que deve-se efetivar a garantia de estabilidade aos Enfiteutas do uso de suas terras frente as detentores, que dominam e pressionam a qualquer custo, o mercado Imobiliário.

Conclui-se que sendo as Enfiteses administrativas, terras cedidas pela União, a Competência para decidir os respectivos problemas, é da Justiça Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agência Do Senado. *Desapropriação de imóvel do RS*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/04/18/desapropriacao-de-imovel-do-rs-em-favor-da-justica-eleitoral-e-aprovada-na-ccj>>. Acesso em: 04 mai. 2019.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 mai. 2019

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1988.htm>. Acesso em: 08 jul. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 2.398*, de 21 de dezembro de 1987. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del2398.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. *Decreto-Lei n° 9760*, de 5 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del9760.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Instrução Normativa n° 3*, de 9 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/24505715/do1-2016-11-14-instrucao-normativa-n-3-de-9-de-novembro-de-2016-24505569>. Acesso em: 21 set. 2109.

_____. *Lei n° 3.071*, de 1° de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. *Lei n° 5.972*, de 11 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15972.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019.

_____. *Lei n° 6.766*, de 19 de dezembro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm>. Acesso: 5 ago. 2019.

_____. *Lei n° 9636*, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11328364/artigo-18-da-lei-n-9636-de-15-de-maio-de-1998>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Lei n° 10.257*, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 18 ago. 2017.

_____. *Ministério da Economia Planejamento, Desenvolvimento e Gestão*. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/servicos/servicos-patrimonio-da-uniao>>. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.404.649*. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/580030345/andamento-do-processo-n-2013-0314912-6-recurso-especial-21-05-2018-do-stj?ref=topic_feed >. Acesso em: 18 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.201.256*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1026246&num_registro=201001237860&data=20110222&formato=PDF>. Acesso em: 18 set. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 19. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n°. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.



PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STOLZE, Pablo. *Direito real de laje: primeiras impressões*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/417476632/direito-real-de-laje-primeiras-impressoes>>. Acesso em: 3 jul. 2019.



A REPARAÇÃO CIVIL EM DECORRÊNCIA DA FALSA ALEGAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Victor de Carvalho Machado da Silva

Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Resumo – A falsa alegação de alienação parental presente atualmente nas relações interpessoais e nos processos judiciais deve ser coibida. Para isso, equipes técnicas especializadas são cruciais para identificar a alegação verdadeira e auxiliar o juiz na melhor decisão. Contudo, em razão da grande dificuldade e falta de recursos, caso seja concretizado algum dano ao genitor taxado de alienador, o qual também pode ser considerado vítima dessa alegação falsa, é possível a reparação civil dos danos materiais e morais.

Palavras-chave – Direito de Família. Alienação Parental. Falsa. Reparação Civil.

Sumário – Introdução. 1. A capacitação em identificar a ocorrência da alienação parental, a fim de separar a verdadeira alegação, daquela falsa e maliciosa. 2. Vítima: criança ou ascendente falsamente taxado de alienador? 3. A possibilidade da reparação civil, uma vez constatada a falsa alegação de alienação parental. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de responsabilizar civilmente o ascendente por imputar falsa e maliciosamente a prática de alienação parental. O desenvolvimento da modernidade torna as relações cada vez mais complexas, ao passo que o Poder Judiciário deve estar preparado para apresentar a melhor resposta possível para quem sofreu com tal imputação, bem como viabilizar a reparação civil adequada.

Nos últimos anos, os números de divórcios e separações cresceram exponencialmente, de sorte que muitos relacionamentos não terminam em harmonia ou em um mínimo respeito mútuo. Nesse sentido, a prática de alienação parental afasta diversos laços familiares. Inevitavelmente o judiciário é acionado a fim solucionar os problemas que extrapolam um núcleo familiar saudável.

Contudo, com a difusão de informação, ex-companheiros têm utilizado a alienação parental como uma alegação falsa para deteriorar a relação entre o antigo companheiro e a prole em comum. O ruído causa um prejuízo tanto ao desenvolvimento da criança, quanto também ao ex-companheiro falsamente taxado de alienador.

O escopo do presente trabalho é trazer uma nova ótica sobre esse tema que se tornou comum tanto na jurisprudência quanto nos trabalhos acadêmicos: a alienação parental. Assim,

objetiva analisar os reflexos derivados da alegação falsa de alienação parental no curso do processo. Afere que o Judiciário é cada mais acionado para reparar questões de cunho familiares, ao passo que os operadores precisam estar aptos para enfrentar a questão com seriedade e reparar as vítimas que sofrem com essa ruptura familiar induzida.

Inicia-se o primeiro capítulo analisando se a estrutura do Poder Judiciário está equipada tanto pelas habilidades e sensibilidades específicas dos magistrados, quanto pelo corpo técnicos de assistentes que dão suporte, para diferenciar a real ocorrência da alienação parental, daquela mera alegação falsa.

Na etapa seguinte, o segundo capítulo pondera se, além da prole, também seria prejudicado com a alegação falsa de alienação parental o antigo companheiro taxado de alienador, pois além de eventualmente sofrer com os reflexos da Lei nº 12.318/2010 que busca proteger a criança, é rotulado no ambiente social e familiar como uma figura negativa.

Finalmente o terceiro capítulo defende a necessidade de responsabilizar civilmente o ascendente que produz uma alegação falsa dessa magnitude, a qual gera reflexos na relação do antigo companheiro com a prole; bem como aferir o montante da reparação a luz da extensão do prejuízo causado na relação e o tempo que demorou para elucidar os fatos.

O cerne da pesquisa jurídica será mediante a análise de maneira científica de um conjunto de obras literárias que tratem especificamente sobre o tema. A opção pelo desenvolvimento da pesquisa por intermédio do método hipotético-dedutivo decorre do estudo de proposições hipotéticas que serão analisadas de modo argumentativo com fito de estabelecer sua veracidade.

Nesse sentido, será desenvolvido um estudo qualitativo com a busca em formar uma sólida bibliografia mediante pesquisa exploratória da legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes sobre o tema.

Assim, o presente artigo busca conferir ao leitor uma abordagem dinâmica, sem pretensão de esgotamento do tema sobre a reparação civil em decorrência da falsa alegação de alienação parental.

1. A CAPACITAÇÃO EM IDENTIFICAR A OCORRÊNCIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL, A FIM DE SEPARAR A VERDADEIRA ALEGAÇÃO, DAQUELA FALSA E MALICIOSA

O passo inicial para o Poder Judiciário julgar uma causa que envolva a temática de



alienação parental é justamente ter a disposição uma estrutura capacitada para aferir a incidência da alienação naquele núcleo familiar, bem como poder distinguir quando aquela alegação não se passa de uma mentira.

Um dos primeiros registros de estudo do conceito de alienação parental ocorreu em 1985, abordado pelo perito judicial Richard Gardner¹, que por se interessar pelos sintomas que as crianças desenvolviam nos divórcios litigiosos, pode identificar o que ele conceituou de Síndrome de Alienação Parental (SAP). Tornou-se um dos maiores especialistas mundiais a respeito do tema, e um fato que ele observou no desenvolvimento de seu estudo, foi que alguns genitores em divórcios litigiosos tinham como meta afastar o seu filho do seu ex-cônjuge, mesmo que para isso tivesse que realizar uma “lavagem cerebral” na mente das crianças.

Impende observar que há um significativo teor de subjetividade na análise do fenômeno, por ser uma questão que envolve o psicológico de uma criança ou de um adolescente, por conseguinte gera reflexos diversos e específicos em cada pessoa que sofre com a alienação. Ou seja, é um transtorno psicológico causado por um dos cônjuges, denominado cônjuge alienador, por meio de estratégias de atuação e malícias com o objetivo de modificar a consciência da prole; e assim poder obstaculizar, impedir ou acabar com o vínculo com o outro genitor, chamado de cônjuge alienado. O fenômeno agrava quando lida com alegações falsas que no mesmo sentido buscam atingir o ex-cônjuge, seja pela via rotulação negativa, ou até mesmo mediante instrumentos judiciais.

Nesse sentido, o tramite para uma atuação qualitativa no bojo de um processo, em que haja indícios da ocorrência de alienação parental, demanda a presença do Poder Judiciário com todas suas ferramentas disponíveis.

É sempre salutar que os magistrados designados a julgar as ações que envolvam direito de família tenham uma sensibilidade mais aguçada para identificar as nuances bastante sutis que se apresentam no caso.

No entanto, é cediço que em razão das especificidades da alienação parental, será essencial o suporte de um corpo técnico sólido para reconhecer com precisão o fenômeno na situação concreta.

¹ FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. *Alienação Parental: comentários à Lei 12.318/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 17.

O Congresso Nacional em 2010 editou a Lei nº 12.318² que trouxe certas balizas para identificar, julgar e penalizar a alienação parental. Quanto à identificação, o artigo 5º da referida norma estabeleceu que o magistrado ao observar a presença de meros indícios de alienação parental, seja de forma incidental ou em ação autônoma, poderia, se entendesse necessário, determinar a realização de uma perícia psicológica ou biopsicossocial.

Embora o referido dispositivo elenque uma aparente faculdade, em que ficaria ao crivo do juiz determinar a realização do laudo ou não; o Código de Processo Civil de 2015³ no artigo 699 trouxe uma norma específica a respeito do julgamento de processos relacionados a alienação parental, no sentido de que o magistrado deve estar acompanhado de um especialista ao tomar o depoimento do incapaz. Verifica a imposição pela legislação processual de um dever ao juiz, o qual precisa se estender para todo o lastro probatório que será produzido no curso do processo.

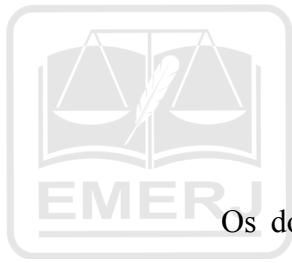
Afinal, não obstante o julgador seja o mais preparado dentro da carreira da magistratura, o núcleo de sua formação não foi uma área específica como a psicologia, a terapia ou a assistência social. De tal forma, é imprescindível que haja um auxílio de um corpo de agentes técnicos preparados para confeccionar um lastro probatório com qualidade acerca da prática ou não da alienação parental.

Ademais, um ponto nodal que por vezes determina a ineficiência da prestação judicial, é justamente não obter todas as conclusões possíveis, em decorrência de não saber quais perguntas precisa e especificamente devem ser questionadas. Isto é, a elaboração de um roteiro com quesitos adequados e particulares para o caso, certamente direciona à confecção de um laudo que melhor auxiliará o magistrado na decisão. Logo, um dos caminhos para aumentar o êxito da atuação judicial passa por perquirir uma quesitação que identifique todas as informações pertinentes para solucionar o caso.

Evidente que a essencialidade da atuação desse corpo técnico, de forma alguma vai de encontro à livre valoração das provas pelo magistrado, isto é, não irá vincular seu julgamento. Ao revés é uma determinação para que haja uma instrução qualificada do processo, a fim de disponibilizar ao julgador as melhores ferramentas possíveis para que ele decida da forma mais adequada.

² BRASIL. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 05 abr. 2019.

³ BRASIL. *Código de Processo Civil* de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 05 abr. 2019.



Os doutrinadores Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves Farias⁴ em seu Curso de Direito Civil reiteram como a multidisciplinariedade é mais que bem vinda, sendo essencial para o julgamento desses processos:

Trata-se, no mais das vezes, de uma equipe interdisciplinar, com perícia psicológica ou biopsicossocial, além da intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica. O dispositivo é elogiável por reconhecer a especificidade da matéria, exigindo um diálogo visivelmente interdisciplinar – salutar, a toda evidência, para o processo de família.

Até porque a compreensão do conflito a partir de diferentes ramos do conhecimento é fundamental para o êxito da ação de família, quando há indícios de alienação parental. A percepção jurídica, muita vez, não é suficiente para descortinar as raízes do conflito e as formas mais indicadas de solução.

Nesse diapasão, os parágrafos do mencionado artigo 5º da Lei de Alienação Parental⁵ dispõem de características para a elaboração dos laudos periciais. Ressalta que o parágrafo segundo expressamente colaciona que a realização será por uma equipe multidisciplinar, demonstrando ser um tema que envolve diversos ramos de conhecimento para obter uma análise precisa. Evidente que os auxiliares da justiça que irão trabalhar no caso devem estar habilitados, bem como ter aptidão específica a fim extrair uma percepção sobre o caso que não é acessível ao magistrado.

Ademais, o parágrafo primeiro do mesmo artigo traz um rol de procedimentos exemplificativos que podem ser aplicados pelos profissionais, tais como, entrevista pessoal com as partes, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor, entre outros.

Na prática transdisciplinar “não há espaço para conceitos fechados e pensamentos estanques, enclausurados em gavetas disciplinares, mas há obrigatoriamente a busca de todas as relações que possam existir entre todo conhecimento”.⁶

A elaboração de um laudo pericial robusto e sólido é um fundamento que dificilmente poderá ser refutado. De forma que caso alguma parte, ou mesmo o juiz, entenda que o laudo não é adequado, exigirá um esforço argumentativo para afastar as conclusões obtidas pelos peritos. Afinal, a atuação individualizada e direta com as partes do processo, combinada com conhecimento e imparcialidade do auxiliar da justiça, concretiza um análise

⁴ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. 10. ed. rev. e atual. - Salvador: JusPodivm, 2018, p.155.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁶ MORIN apud FREITAS, op. cit., p. 46.

mais precisa possível da realidade, averiguando elementos que não são vislumbrados pelos juízes, tampouco tem o interesse das partes envolvidas.

Entretanto, a realidade prática na maioria das vezes não consegue desenvolver um trabalho com qualidade, em função da morosidade do Judiciário, bem como a formação de quadros de auxiliar da justiça deficitários que não são aptos para suprir a demanda exigida na celeridade e qualidade que seriam necessárias.

Como bem precisa Maria Berenice Dias⁷:

O mais doloroso é que o resultado da série de avaliações, testes e entrevistas que se sucedem – às vezes durante anos – acaba não sendo conclusivo. Mais uma vez, depara-se o juiz com um dilema: manter ou não as visitas, autorizar somente visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar. Enfim, deve preservar o vínculo de filiação ou condenar o filho à condição de órfão de pai vivo?

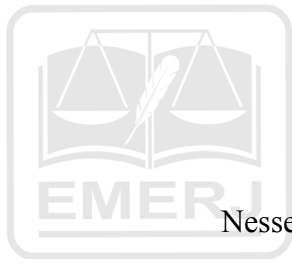
Portanto, uma vez demonstrada a imprescindibilidade de um trabalho interdisciplinar desenvolvidos pelos auxiliares da justiça com fito de conferir uma maior convicção ao magistrado em como deverá decidir aquele caso; é essencial que o sistema do Poder Judiciário como um todo esteja em constante aprimoramento. Não basta ter magistrados qualificados e especializados nos ramos do direito, tendo em vista que os problemas levados ao Judiciário envolvem diversos outros grupos de conhecimento. O juiz precisa ter a sua disposição auxiliares de todos os nichos possíveis, como: assistentes sociais, psicólogos, médicos, pedagogos, psicopedagogos, entre outros.

Para isso, o progresso e o aprimoramento passam por disponibilizar um quadro de peritos qualitativa e quantitativamente para os magistrados poderem desenvolver os processos. Assim, embora aumente os custos, são imprescindíveis para proferir as melhores decisões no tempo adequado de forma a mitigar ao máximo os prejuízos causados.

2. VÍTIMA: CRIANÇA OU ASCENDENTE FALSAMENTE TAXADO DE ALIENADOR?

Não há dúvidas que os reflexos causados por uma prática efetiva alienação parental são nefastos para o núcleo familiar, principalmente para o filho. Este é a vítima central, no cenário em que os pais utilizam a prole como um instrumento para atingir o antigo companheiro. A coisificação do menor engendrada pelo pai alienador prejudica drasticamente o desenvolvimento e a formação do filho.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 572.



Nesse diapasão, a paisagem que busca ser delineada no presente trabalho dispõe uma nuance diferente, quando a alegação de alienação parental não apresenta qualquer embasamento sendo eminentemente falsa, além de ser verificada dentro do tramite de um processo judicial.

Verifica que a Lei nº 12.318/2010⁸ traz como forma exemplificativa de alienação parental no seu art. 2º, parágrafo único, inciso VI: “apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente.”. É um dos modos mais perversos de alienação, pois tendem a sacrificar tanto o filho quanto o progenitor.

Este cenário se verifica quando um dos pais passa a sustentar, sem fundamento algum, que o outro pai estaria praticando atos de alienação parental, almejando a incidência das sanções predispostas no art. 6º do referido diploma. Nesse sentido, em função da grande dificuldade de aferir casuisticamente a prática da alienação parental, assim como diante das gravidades das acusações, por vezes torna-se difícil do magistrado proferir a melhor decisão em prol do menor.

Por conseguinte, a alegação alicerçada em premissas falsas proporciona uma subversão da proteção almejada pelo diploma legal. Isto é, o instrumento que busca proteger a criança, acaba sendo utilizado para provocar um afastamento. Logo, identificar as vítimas desse comportamento é essencial para mitigar as consequências e tentar reparar o máximo possível dos danos.

O primeiro personagem, vítima central nos conflitos familiares, é a criança. Afinal, tem como característica inerente a vulnerabilidade, fruto da condição peculiar de criança e de adolescente como pessoas em desenvolvimento, conforme prelecionado ao longo de todo Estatuto da Criança e do Adolescente⁹.

Frise que independe das nuances, o menor quase na totalidade das circunstâncias será vítima e sofrerá mais intensamente em função dos conflitos provocados entre os pais, haja vista que são estes os responsáveis pela educação do filho, bem como deveriam ter a maturidade para protegê-lo. Todavia, acabam prejudicando o crescimento saudável da prole, seja por um caminho, ou por outro.

Igualmente na paisagem proposta, outro personagem também é vítima, qual seja, o

⁸ BRASIL, op. cit., nota 2.

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: 17 jun. 2019.

ascendente falsamente taxado de alienador. Este sofre consequências prejudiciais do mesmo modo, pois passa a estar sujeito às sanções elencadas na Lei de Alienação Parental¹⁰, bem como é rotulado como alienador dentro de seu núcleo familiar e social, com espeque em uma mentira propugnada pelo outro progenitor.

A manipulação da máquina judiciária é realizada de uma forma perversa tanto contra a criança, quanto contra o ascendente indicado como alienador. Afinal, sob uma aparente suspeita grave de alienação parental, este pode ser submetido às sanções mencionadas que vão desde uma advertência, passando por alteração de regime de convivência familiar e modificação de guarda, até a suspensão da autoridade parental.

A autora Ana Maria Brayner Iencarelli¹¹ destaca de forma precisa essa sistemática, quando o Poder Judiciário é manejado de forma a engessar a atuação do pai rotulado de alienador:

Mas, o que se observa agora é que a sistemática alegação falsificada de alienação é peça primeira em processos de separação que inclui suspeita ou confirmação de abusos físicos e sexuais. Uma vez alegada a alienação, esse genitor, ora no lugar de vítima, consegue mobilizar a Justiça a seu favor, e engessar, completamente, a mãe. De difícil comprovação, essa alegação traz em seu bojo a subjetividade, e a ausência de possibilidade de comprovação. Os perversos são exímios conhecedores das manipulações, das falsificações, das seduções, das autovitimizações, enfim, do uso abusivo do mecanismo de defesa da identificação projetiva – acusa o outro do que ele faz -, tudo para, confundindo o outro, buscar a proteção que acaba por ser retirada da criança.

No mesmo sentido, Ana Carolina Madaleno e Rolf Madaleno¹² descrevem como o uso de falsa denúncia pode ser danoso para a relação entre o pai e o filho:

O uso das falsas denúncias destroça as relações de filiação, pois o impedimento liminar de contato e de visitas do genitor falsamente acusado termina por eternizar a demanda e afastar, por ordem judicial, a aproximação do progenitor apontado como abusador, especialmente quando os juízes costumam se inclinar por resguardar o infante diante da sua dúvida inicial. (...) Não bastassem essas previsíveis, desejadas e planejadas estratégias daquele genitor que faz caluniosa denúncia de abuso sexual, contando com a notória dificuldade na comprovação dessas presunções lançadas a esmo, sem qualquer cunho de realidade, disto se vale e se favorece o genitor alienador sem se dar conta do profundo dano psicológico causado aos seus filhos com esse súbito e grotesco expediente criado para impedir o contato do outro progenitor, e sobretudo se trata de um desumano propósito de excluir injustamente o outro ascendente da vida da prole comum, com denúncias que costumam aparecer

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹¹ IENCARELLI, Ana Maria Brayner. Cuidado, Responsabilidade e Alienação Parental: Benefícios e Prejuízos. Interfaces com o Desenvolvimento Saudável e com a Patologia. In: PEREIRA, Tânia da Silva; DE OLIVEIRA, Guilherme (Orgs.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 22.

¹² MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental: Importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 93.

em processos de divórcio, guarda de filhos e de alimentos, sem nenhum histórico antecedente de abuso sexual na família que se desfez.

Essa subversão arquitetada mediante o uso do Judiciário, quando o ascendente que se autovitimiza, mas na realidade provoca a alienação parental com todas suas consequências nefastas, põe em risco os direitos de um pai de conviver com o seu filho.

Afinal, é cediço a necessidade de uma atuação eficaz e logo no início do comportamento alienante com fito de inibir a deterioração de forma irreversível de uma relação entre pai e filho. Washington de Barros Monteiro¹³ salienta a importância de uma atuação precisa e no início do processo de alienação, pois uma vez implementada, há grandes dificuldade em aplicar as punições, assim como uma reaproximação entre o filho e o pai alienado é de extrema dificuldade.

Consequentemente, combinado com a dificuldade em identificar a prática de alienação parental, aquele ascendente taxado de alienador, dependendo do caso, pode sofrer de forma precoce uma sanção equivocada, decorrente de uma postura maliciosa.

Dessa forma, um cerceamento calcado em uma decisão judicial fruto de uma mentira provoca uma aflição e um dano suficientes para o reconhecimento desse ascendente rotulado de alienador como vítima, haja vista que o direito de convivência familiar é recíproco entre pai e filho, assim como o obstáculo derivou de uma ardilosa utilização de um instrumento judicial de proteção contra os próprios beneficiários.

Ademais, não bastasse os possíveis reflexos dentro do âmbito da ação, em que interferiria legalmente no convívio e na convivência do pai e filho. É mister analisar os reflexos dentro da comunidade familiar e social acarretados mesmo por uma mera suspeita de uma alegação grave de alienação parental.

A estigmatização social de um pai pode ser muito mais duradoura do que a decisão judicial. Esta pode ser revista uma vez obtidas provas mais robusta e identificadas a falsidade da alegação; aquela, porém, pode permanecer por um lapso muito mais extenso, dependendo da alegação, como um abuso sexual ou uma agressão física, o rótulo pode se expandir para os grupos sociais em que aquele pai frequenta. Assim, uma vez provocado o dano socialmente é muito difícil de reparar a imagem daquele pai aviltada falsamente, e pior, sob o manto do judiciário.

¹³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, 2: Direito de Família*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 451.

Nesse cenário, merece destaque a manifestação de Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza¹⁴:

Uma das formas mais graves de alienação parental é a falsa denúncia de abuso sexual, pela gravidade da acusação. Mais que a implicação legal, tal estratégia envolve valores básicos da cultura familiar, agredindo frontalmente a honra do pai e trazendo consequências gravíssimas para a criança.

Dessa forma, é importante enfrentar com seriedade as consequências provocadas por uma alegação falsificada dessa magnitude. O desenvolvimento saudável das crianças e dos adolescentes é um dogma de força constitucional que merece sempre ser exaltado. O que de forma alguma afasta o fato de ter outra vítima nesse cenário de falsa alegação de alienação parental, quando o ascendente taxado de alienador também tem importantes direitos vilipendiados.

Portanto, em função da possibilidade iminente de implementação das sanções legais, bem como o fato de ser taxado negativa e pejorativamente no ambiente social e familiar, fica evidente que o ascendente rotulado de alienador também é vítima dentro desse processo.

3. A POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO CIVIL, UMA VEZ CONSTATADA A FALSA ALEGAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A responsabilização civil no âmbito do Direito de Família com mais frequência é compreendida como uma possibilidade. Além de tradicionalmente buscar reparar o dano sofrido por uma pessoa, salienta versar sobre relações familiares íntimas de afeto, sobretudo no primeiro núcleo familiar entre os genitores e a prole. Por conseguinte deve ser homenageada a dignidade e o respeito entre os membros da família.

Segundo o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves¹⁵, “a responsabilidade decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, isto é, da prática de um ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito”.

Nesse mesmo sentido, Sergio Cavalieri Filho, citando San Tiago Dantas¹⁶, traça que o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Isto é, sintetiza a

¹⁴ SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *O princípio da Paternidade Responsável e seus efeitos jurídicos*, Curitiba: Prismas, 2017, p. 186.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, v. 4. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31.

¹⁶ TIAGO DANTAS apud CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 15.



ideia desse grande mestre em “(...) o Direito se destina aos atos lícitos; cuida dos ilícitos pela necessidade de reprimi-los e corrigir os seus efeitos nocivos”.

Autores como Carlos Bittar¹⁷ abordam há tempos como as relações familiares podem ser fontes de geração de danos de cunho moral:

A deteriorização de relações familiares, ditada por problemas vários, que a convivência inadequada pode trazer, é outra fonte de geração de danos de cunho moral e que, aliás, mais profundamente, marcam a vítima (assim, a desinteligência grave entre o casal pode levar a agressões, a violência doméstica, a injúrias graves e a situações vexatórias, suscetíveis de reparação nesse campo; a falta de respeito entre pai e filho é outro fenômeno produtor de tais danos; as desavenças entre irmãos ou outros parentes, a par de outras causas).

Nesse sentido, a análise de responsabilização civil demanda perquirir a incidência dos pressupostos ou requisitos tradicionais decorrentes do art. 927, do Código Civil¹⁸ que caracterizam o instituto, dentre eles a conduta, o nexo de causalidade, a culpa e, por fim, o dano. Para isso impende verificar se no cenário proposto de falsa alegação de alienação parental encontram-se todos os pressupostos. Assim, uma vez presentes importará em uma reparação cível.

O primeiro elemento é a conduta, na hipótese analisada o fato de imputar falsamente ao outro genitor a prática de atos de alienação parental. Será retratado sobretudo no processo com as denúncias de fatos aparentemente graves, que na realidade são mentirosos, como alegação de que o outro genitor impede o convívio, desabona a imagem do denunciante perante a prole, ou até mesmo um abuso sexual.

Em seguida, cabe verificar o nexo de causalidade, o qual é o elo que unirá a conduta ao dano produzido. As alegações aventadas são os propulsores que irão provocar o magistrado a eventualmente aplicar uma sanção para coibir a suposta prática, assim como contribuem com a proliferação daquela narrativa inverossímil no meio social.

Ponto nevrálgico é a identificação do requisito culpa em sentido amplo. Na responsabilidade subjetiva, regra do ordenamento civilista, é imprescindível a demonstração do elemento culpa a fim de caracterizar a possibilidade de reparação, pois deixa assente que a atuação foi consciente ou violou um dever objetivo de cuidado. A realização de denúncia grave dessa magnitude, sobretudo dentro de um processo judicial, deixa evidente acerca do

¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 179.

¹⁸ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 set. 2019.

conhecimento potencial dos reflexos e das consequências futuras. Ora a alegação tem justamente a finalidade de provocar essa ruptura familiar mediante instrumentos judiciais, em que se o dolo não for evidente, no mínimo estará diante de uma culpa gravíssima.

Por fim, o último elemento é o dano, ou seja, as consequências prejudiciais e negativas que aquela conduta inicialmente analisada provocou na vítima. O resultado, em princípio, pode derivar de duas esferas diferentes. No âmbito judicial, com a aplicação da sanção pelo magistrado, que ainda não descobriu que a alegação é falsa; assim como, no âmbito das relações pessoais e sociais com a rotulação pejorativa como alguém do denunciado, ora vítima. De certa forma, essas consequências são o escopo da alegação falsa, o que mostra ainda mais a gravidade do comportamento e como é nefasto.

Dessa forma, preenchidos todos os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, fica clara a possibilidade de aplicação no bojo do direito de família, sobretudo quando envolver questões de alegações falsas de alienação parental.

Autores que se debruçam recorrentemente na temática como Ana Carolina Carpes Madaleno¹⁹, frisam da importância dessa possibilidade, a fim de reparar todos os danos, por mais silenciosos que sejam, daquela conduta praticada no seio familiar:

Ultrapassados o cabimento ou não de dever de indenizar, bem como a existência ou não de dano, claramente comprovados, tanto para o filho quanto para o genitor alienado/falsamente acusado, também fica clara a legitimidade de ambos para promover ação de reparação de danos, tanto danos morais quanto materiais com gastos com psicólogos, custas processuais (de processos desnecessários, como a defesa na esfera penal, que não existiria caso não houvesse uma falsa denúncia), honorários advocatícios e outras despesas, como passagens e hospedagens quando o alienante se muda para outra cidade ou estado apenas para frustrar a visitação.

Ademais, salienta o ponto colacionado por Aina Hohenfeld Angelini Neta²⁰, no sentido de que a eventual e a possível reparação civil da conduta danosa das relações familiares, por vezes, é a única que proporciona alguma reparação à vítima, e punição ao agente violador do direito:

Percebe-se, pois, que a aplicação da responsabilidade civil no direito de família é uma resposta importante para o descumprimento dos deveres juridicamente tutelados, configurando, muitas vezes, a única sanção possível para violação das normas que permeiam algumas relações familiares.

¹⁹ MADALENO, Ana Carolina Carpes. Indenização pela prática da alienação parental e imposição de falsas memórias. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30.

²⁰ ANGELINI NETA, Aina Hohenfeld. *Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 156.

Nesse sentido, verificada a possibilidade de responsabilização civil, cabe sublinhar brevemente algumas balizas que possam nortear a fixação da reparação, tendo em vista a dificuldade em se aferir a extensão do prejuízo causado sobre as esferas materiais e morais.

Sobre o aspecto material do dano importa compilar todos os reflexos da eventual sanção imposta, sejam eles, imediatos, como os custos de deslocamento para outra cidade a fim de encontrar com o filho, ou mediatos, como os valores de eventuais consultas com psicólogos e terapeutas para reparar a relação que foi rompida. Para assim poder ressarcir os valores despendidos.

Contudo, a maior dificuldade reside em estabelecer um montante compatível para reparar o dano moral provocado. Verifica que a violação ao direito da personalidade do genitor, que teve o convívio com seu filho restringido ou até mesmo proibido, demanda um esforço em compatibilizar a subjetividade inerente à situação e ao dano, com balizas objetivas como parâmetro para fixação.

Evidente que aferir o aspecto subjetivo irá inexoravelmente depender das nuances do caso concreto e daquilo que venha a ser demonstrado como consequência do dano provocado. Por outro lado, sob a ótica objetiva, é possível traçar alguns parâmetros a serem considerados na quantificação do valor da reparação: a sanção aplicada, a Lei de Alienação Parental²¹ traz diversas sanções que podem ser aplicadas desde uma simples advertência até a suspensão da autoridade parental, a gravidade da sanção impõe uma quantificação maior; o tempo para elucidação da verdade, qual foi o lapso temporal entre a alegação falsa aventada, que provocou o dano, e o esclarecimento de que aquela manifestação é infundada e mentirosa; a disseminação da informação, o quanto o genitor que falsamente alegou a prática de alienação parental contribuiu para divulgar e proliferar a notícia no seu meio acerca daquele fato, o qual sabe ser mentiroso.

Diante do exposto e das balizas sugeridas sob a ordem material e moral, seria possível responsabilizar o genitor que provocou todo esse movimento com arrimo em uma mentira o qual ensejou danos em diversas esferas tanto para o filho quanto para o antigo companheiro. Desse modo é evidente a possibilidade deste último de provocar o Judiciário a fim de obter o ressarcimento e reparação dos danos que sofreu com as sanções judiciais equivocadamente sofridas e a repercussão social do fato no âmbito de sua comunidade.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 2.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou se debruçar sobre a importância e a possibilidade de reparação civil para genitores que são falsamente taxados pela suposta prática de alienação parental.

Em um primeiro momento, apresenta e assenta a relevância de uma equipe técnica especializada e preparada a disposição do juízo para auxiliar em tais casos que envolvam alegações de alienação parental. Afinal, ao mesmo tempo que são questões de bastante sutileza e subjetividade, necessitam uma resposta o mais rápido possível dentro de um tempo mínimo para aferir com a melhor precisão possível, acerca da veracidade daquela alegação.

O que de certa forma impediria desde o princípio os danos que a alegação falsa pode provocar, pois verificada que a manifestação é infundada, não serão aplicadas sanções, tampouco a narrativa irá reverberar no ambiente social e comunitário daquela família. Outrossim, a equipe técnica especializada é essencial para também elucidar os fatos que foram denunciados, mesmo após a aplicação de uma sanção, com o escopo do genitor esclarecer a falsidade daquele fato que lhe é imputado.

Demonstrada a necessidade da equipe técnica melhor preparada possível, todavia é importante reconhecer que essa não é a realidade. Assim, indaga-se a possibilidade de se reconhecer também como vítima, em um cenário de falsa alegação de alienação parental, o genitor que recebe esse rótulo.

Não se questiona o fato de que em quaisquer circunstâncias de conflito entre genitores, sobretudo com temperamento de questões acerca de alienação parental, a vítima central nesse conflito será sempre a criança ou o adolescente. Afinal, tratam-se de pessoas em desenvolvimento que ainda estão em uma posição de vulnerabilidade, ao passo que os pais deveriam ser os guias e os educadores primordiais para aquele infante.

Contudo, alude que o genitor, que é taxado de alienador, também é vítima, pelo fato de sofrer consequências nefastas decorrentes da alegação falsa. Os reflexos ocorrem desde a aplicação sanções judiciais que podem restringir e eventualmente impedir o convívio do genitor com sua prole; até todo o prejuízo imensurável à reputação daquele genitor no âmbito social.

Assim, verificada a possibilidade, a luz dos modernos entendimentos doutrinários, acerca da responsabilização civil nas relações do direito de família; assim como o preenchimento de todos os elementos caracterizados da responsabilidade civil, conduta, nex



de causalidade, culpa e dano. Certifica ser cabível o manejo de ação judicial pleiteando a reparação e o ressarcimento cível, a qual envolve tanto os danos materiais imediatas e mediatas; quanto o dano moral, sob a ótica de balizas objetivas como a sanção aplicada, o tempo de elucidação da verdade e a disseminação da informação.

REFERÊNCIAS

ANGELINI NETA, Aina Hohenfeld. *Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo*. Curitiba: Juruá, 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 set. 2019.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 05 abr. 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: 17 jun. 2019.

_____. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 05 abr. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. *Alienação Parental: comentários à lei 12.318/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, v. 4. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

IENCARELLI, Ana Maria Brayner. Cuidado, Responsabilidade e Alienação Parental: Benefícios e Prejuízos. Interfaces com o Desenvolvimento Saudável e com a Patologia. In: PEREIRA, Tânia da Silva; DE OLIVEIRA, Guilherme (Orgs.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental: Importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Indenização pela prática da alienação parental e imposição de falsas memórias*. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. 10. ed. rev. e atual. - Salvador: JusPodivm, 2018.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *O princípio da Paternidade Responsável e seus efeitos jurídicos*. Curitiba: Prismas, 2017.



ANÁLISE SOBRE O ABORTO E A VIABILIDADE DE SUA DESCRIMINALIZAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Viviane Andrade Charnaux Sertã

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Advogada.

Resumo – O objetivo da presente pesquisa é desenvolver uma análise acerca da descriminalização do aborto, tendo em vista a legislação vigente e a opinião da maior parte da sociedade sobre o tema, de um lado, e a defesa dos direitos fundamentais das mulheres, de outro. Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, e a abordagem do tema será necessariamente qualitativa, em que se utilizarão principalmente entendimentos doutrinários, além da legislação e jurisprudência para defender a tese. Os resultados apontarão que a criminalização do aborto viola diversos direitos fundamentais das mulheres, em especial sua intimidade, direitos sexuais e reprodutivos, integridade física e psíquica e direito à vida. Analisar-se-á, ainda, a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal sobre o tema, bem como a possibilidade de descriminalização do crime de aborto pelo Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, tendo em vista, principalmente, a necessária observância ao princípio da Separação de Poderes. Assim sendo, conforme será demonstrado, impõe-se uma urgente descriminalização do crime de aborto voluntário pela gestante, ainda que realizada pelo Poder Judiciário, de modo a tutelar os direitos fundamentais das mulheres.

Palavras-chave – Aborto. Descriminalização. Direitos fundamentais da mulher. Ativismo judicial. Separação de Poderes.

Sumário – Introdução. 1. Análise sobre o aborto voluntário e ob bens jurídicos tutelados e violados por sua descriminalização. 2. Análise da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema: ADPF nº54 e *Habeas Corpus* nº124.306/RJ. 3. Possibilidade de descriminalização do crime de aborto pelo Supremo Tribunal Federal: violação à Separação dos Poderes? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca realizar uma análise sobre o aborto e a viabilidade de sua descriminalização pelo Supremo Tribunal Federal em um Estado Democrático de Direito.

O tema não poderia ser mais atual. Afinal, a descriminalização do aborto é um ponto extremamente sensível contemporaneamente, gerando debates acalorados de diversos setores da sociedade: de um lado, há os que defendem a necessidade de criminalização de tal prática, em razão da necessidade de se proteger a vida intrauterina; de outro lado, há os que defendem a necessidade de descriminalização do aborto, em razão do direito à autonomia da mulher,

isonomia entre os gêneros, bem como em razão de, alegadamente, a regularização do aborto pelo Estado ser mais eficaz no combate à realização do procedimento que sua criminalização.

Neste cenário, o debate se torna ainda mais acirrado em razão de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, que, nos autos da ADPF nº54, entendeu não se enquadrar como crime o abortamento de fetos anencefálicos. Ademais, mais recentemente, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC nº124.306/RJ, em acórdão redigido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, reconheceu, incidentalmente, em sede de controle difuso de constitucionalidade, que a criminalização do aborto no primeiro trimestre de gestação viola direitos fundamentais da mulher, além de não atender ao princípio da proporcionalidade. Por outro lado, o Congresso Nacional, por ora, não dá qualquer indicativo de que vai editar lei com vistas a descriminalizar o aborto ou aumentar as hipóteses de sua prática legal.

Dessa maneira, faz-se imprescindível discutir, de um lado, a necessidade de descriminalização do aborto na sociedade brasileira contemporânea e, de outro, a possibilidade de tal descriminalização ser eventualmente imposta pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista sua ausência de legitimidade democrática para a edição de leis.

Com vistas a responder tais questões, o primeiro capítulo do presente artigo busca demonstrar que a criminalização da prática de aborto não se justifica na sociedade contemporânea, tanto em razão da ineficácia em sua pretensão de proteger a vida intrauterina quanto pela flagrante violação à autonomia da mulher.

O segundo capítulo, por sua vez, demonstra que, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal vem apresentando tendência no sentido de flexibilizar as hipóteses de aborto legal não previstas expressamente na legislação. Inicialmente, isso ocorreu nos autos da ADPF nº54, em que se reconheceu a atipicidade da prática de aborto de feto anencefálico; mais recentemente, nos autos do HC nº124.306/RJ, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, com acórdão redigido pelo Ministro Barroso, reconheceu, incidentalmente, a impossibilidade de criminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação.

Por fim, o terceiro capítulo evidencia que, muito embora fosse mais desejável que a descriminalização do aborto se desse por iniciativa do Poder Legislativo, eventual expansão do rol das hipóteses de aborto legal determinada pelo Judiciário consistiria em medida inserida em sua função contramajoritária de tutela dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Desse modo, não há falar em violação ao princípio da Separação dos Poderes caso o Judiciário venha a considerar inconstitucional a criminalização do aborto.

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

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

1. ANÁLISE SOBRE O ABORTO VOLUNTÁRIO E OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS E VIOLADOS POR SUA CRIMINALIZAÇÃO

O aborto voluntário, praticado pela gestante ou por terceiro, é criminalizado no Código Penal brasileiro em seus artigos 124 a 127¹. Há apenas duas hipóteses em que a legislação permite o induzimento do aborto: em caso de risco à vida da gestante ou nas hipóteses em que a gravidez for decorrência de estupro, conforme se constata da redação do artigo 128 do Código Penal.²

O bem jurídico tutelado por esses tipos penais é a vida intrauterina, ou seja, a vida que, embora não se compare à de um ser humano – este, sim, titular de direitos e deveres –, apresente potencialidade concreta para, um dia, tornar-se uma pessoa.³

Não obstante a aparente facilidade em se definir as condutas que se enquadram nesses tipos penais, há que se destacar que tal tarefa não é tão simples quanto aparenta em uma observação superficial. Isso porque, tendo em vista que o principal bem jurídico tutelado pelos tipos penais mencionados é a vida intrauterina, há que se definir, primeiramente, quando se inicia a vida intrauterina, de modo a aferir a partir de que momento a expulsão prematura voluntária do zigoto, embrião ou feto pode ser enquadrada como crime de aborto.

Neste ponto, a ciência diverge muito, havendo grande celeuma entre médicos e cientistas sobre o tema. Parte dos cientistas defende que a vida se iniciaria com a fecundação,

¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

² Ibid.

³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial – arts. 121 a 249*. 11. ed. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 133-134.

que ocorre quando o espermatozoide se une ao óvulo, formando um ser com um conjunto de genes original, diverso das células que o formaram. Tal processo ocorre em um período de 12 a 24 horas.⁴

Parte dos cientistas, ainda, defende que a vida se iniciaria apenas após a nidação, momento em que o zigoto se fixa no útero, formando o embrião, e que pode ocorrer de sete a quinze dias após a relação sexual.⁵ Isso porque, após esse período, as chances de o ovo fecundado ser expelido espontaneamente pelo organismo da mulher, que antes chegariam a cerca de 50%, reduzem-se drasticamente. Ademais, a partir deste momento, não há mais chances de o embrião formado dar origem a dois ou mais embriões.⁶

Há, por fim, cientistas que defendem que o início da vida dar-se-ia em oposição ao momento da morte, que, a seu turno, ocorre com a morte encefálica. Dessa maneira, a vida surgiria com o aparecimento das primeiras atividades cerebrais, o que, a depender da tese adotada, ocorreria a partir da oitava semana de gestação, quando o embrião já possui versão primitiva do sistema nervoso; ou mesmo a partir da vigésima semana de gestação, quando o tálamo já está formado.⁷

Apesar das inúmeras controvérsias sobre o tema, prevalece na doutrina, atualmente, o entendimento de que a proteção jurídica da vida humana se inicia a partir do estágio da nidação.⁸

A despeito do bem jurídico que a criminalização do aborto visa tutelar, há que se levar em conta que a tipificação de tal conduta como crime acaba por violar, inevitavelmente, o direito à autonomia reprodutiva do casal e, principalmente, da mulher gestante, bem como ao próprio planejamento familiar. Tais direitos, além de serem corolários da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III, CRFB, estão previstos expressamente no artigo 226, §7º, CRFB⁹. Ademais, os direitos sexuais e reprodutivos foram reconhecidos expressamente pelo Brasil como Direitos Humanos desde a Conferência Internacional sobre População e

⁴ MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. *Quando a vida começa?* Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁵ SCHEFFER, Bruno. *O que é nidação?* Entenda tudo a respeito. Disponível em: <<https://www.ibrra.com.br/o-que-e-nidacao-entenda-tudo-respeito/>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁶ MUTO; NARLOCH, op. cit.

⁷ Ibid.

⁸ PRADO, op. cit., p. 133.

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994. Estão previstos, também, na Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, em 1995.¹⁰

Note-se, neste ponto, que, na Conferência supramencionada, realizada no Cairo, definiu-se que a saúde sexual e reprodutiva compreende, dentre outros, o direito de “procriar, com liberdade para decidir fazê-lo ou não, quando e com que frequência”.¹¹

Dessa maneira, verifica-se que a criminalização do aborto, nos moldes estipulados pela legislação brasileira, acaba por violar, inegavelmente, a autonomia sexual e reprodutiva da mulher, ao impedir que, uma vez iniciada a gravidez, a gestante opte por interrompê-la, evitando a geração de um filho que, por diversas razões, pode ser indesejado naquele momento de sua vida.

Poder-se-ia argumentar, neste ponto, que a autonomia sexual e reprodutiva da mulher estaria suficientemente assegurada pelo adequado uso de contraceptivos. Todavia, a questão não é tão simples: inicialmente, destaca-se que não existe, até os dias de hoje, contraceptivo totalmente eficaz.¹² Ademais, no Brasil, atualmente, ainda há muitos adolescentes e jovens não recebem informações adequadas sobre o tema. E, mesmo para os que recebem, há diversos empecilhos, a começar pela dificuldade de obter contraceptivos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Muito embora, em tese, o SUS ofereça sete diferentes métodos contraceptivos à população, na prática, a grande maioria dos estabelecimentos de saúde pública não oferece todos os contraceptivos que deveriam ser disponibilizados. De fato, métodos contraceptivos de longa duração – tais como o DIU –, por não dependerem da memória de quem os utiliza, são os mais indicados; não obstante, são esses justamente os que não são acessíveis à grande maioria das mulheres brasileiras.¹³

De todo modo, há que se ressaltar que, a despeito da criminalização do aborto, dados comprovam que isso não é eficaz para reduzir o número de abortos provocados. Em verdade, segundo Pesquisa Nacional de Aborto realizada em 2016, estima-se que, atualmente, 13% das mulheres brasileiras de 18 a 39 anos de idade já realizaram aborto ao menos uma vez na vida.

¹⁰ GALLI, Beatriz; ROCHA, Helena. *Direito Humano à saúde sexual e reprodutiva*. Direitos sexuais e reprodutivos, autonomia reprodutiva, política e (des)respeito ao princípio da laicidade, p. 6. Disponível em: <http://www.meel.org.br/wp-content/uploads/2014/08/artigo_dsr_politica_principio_laicidade.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.

¹¹ Ibid.

¹² BRASIL. *Ministério da Saúde*. Assistência em planejamento familiar: manual técnico. 4. ed. Brasília, 2002, p. 13. Disponível em: <<http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0102assistencial.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

¹³ FRANCO, Luiza; PASSARINHO, Nathalia. *Com 55% de gestações não planejadas, Brasil falha na oferta de contracepção eficaz*. BBC News Brasil, 26 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44549368>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

Aos 40 anos de idade, o percentual eleva-se, estimando-se que quase uma a cada cinco mulheres já provocou aborto voluntariamente ao menos uma vez na vida.¹⁴ Ademais, no ano de 2014, estima-se que foram realizados cerca de 416.000 abortos voluntários no país. Em 2015, o número estimado eleva-se ainda mais, chegando ao patamar de 503.000. De todos os abortos voluntários realizados, a grande maioria foi efetuada ilegalmente.¹⁵

Verifica-se, ademais, que a criminalização do aborto acaba por violar, indiretamente, o direito à saúde, previsto expressamente como direito social no artigo 6º, CRFB.¹⁶ Isso porque, como já dito, a despeito da criminalização, muitas mulheres, ao engravidar de forma indesejada, optam por realizar um aborto clandestinamente. Todavia, justamente em razão do caráter clandestino de tal conduta, um percentual elevado de abortos é realizado de modo inseguro, estimando-se que cerca de metade das mulheres que realiza um aborto no país precisa ser internada para finalizar o procedimento.¹⁷ Ademais, estima-se que de 16 a 28% das mulheres que abortaram necessitaram de hospitalização por complicações. Embora esse percentual tenha se reduzido nos últimos anos¹⁸, ainda se mostra bastante expressivo.

Por fim, destaca-se que a criminalização do aborto implica, indiretamente, violação ao direito à vida, previsto como direito fundamental no artigo 5º, *caput*, CRFB.¹⁹ Nesse ponto, estima-se que o aborto inseguro era, ao menos até 2014, a quarta maior causa de morte materna no país.²⁰ Evidentemente, caso tal prática fosse legalizada no país, o percentual de abortos inseguros realizados seria sensivelmente reduzido. Sobre o tema, a Organização Mundial de Saúde (OMS) estima que, em países em que o aborto é total ou parcialmente proibido, apenas um a cada quatro abortos voluntários é efetuado de forma segura; por outro lado, em países em que o aborto é legalizado, nove a cada dez abortos é realizado de forma segura.²¹

Por tudo o que foi exposto acima, verifica-se que a criminalização do aborto não mais se justifica na sociedade contemporânea, seja pela falta de efetividade prática na proteção da vida intrauterina, seja pela violação de diversos direitos humanos e fundamentais

¹⁴ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*, p. 655. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 19.

¹⁵ *Ibid.*, p. 655-656.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁷ DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, op. cit., p. 656.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 9.

²⁰ GALLI; ROCHA, op. cit., p. 12.

²¹ ONU.BR. OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>> Acesso em: 24 abr. 2019.

das mulheres decorrente de sua criminalização. O ideal, portanto, seria que o Legislativo editasse lei descriminalizando tal conduta até determinada semana de gestação. Não obstante, não há nenhuma evidência concreta de que isso vá ocorrer em um futuro próximo. Ao revés, há, inclusive, projeto de emenda à Constituição²² que busca restringir ainda mais as hipóteses de aborto legal previstas atualmente na legislação brasileira.

Verifica-se, por outro lado, que o Judiciário brasileiro e, em especial, o Supremo Tribunal Federal (STF), vem apresentando, nos últimos anos, tendência a alargar as hipóteses de aborto legal além das expressamente previstas na legislação brasileira. Tal cenário será analisado pormenorizadamente no próximo capítulo.

2. ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA: ADPF N°54 E *HABEAS CORPUS* N°124.306/RJ

Como já visto, o Código Penal brasileiro criminaliza a prática voluntária de aborto em quase todas as hipóteses, excepcionados expressamente, apenas, os casos de gravidez resultante de estupro da mulher e de risco de vida da gestante em decorrência da gravidez.

Há que se observar, contudo, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação conforme a Constituição, vem, nos últimos anos, alargando as hipóteses de realização de aborto legal para além das expressamente previstas pelo legislador. Tal tendência pode ser observada, em especial, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n°54, julgada em abril de 2012, e no *Habeas Corpus* n°124.306/RJ, julgado em novembro de 2016, os quais serão analisados mais pormenorizadamente a seguir.

Nos autos da ADPF n°54, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em Plenário, com efeitos *erga omnes*, conferiu interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal para considerar que a prática de aborto voluntário em feto anencefálico não constitui conduta criminalizada nos citados dispositivos legais.²³

Embora diversos argumentos tenham sido considerados para se chegar a tal entendimento, o principal deles consistiu no fato de que o feto anencefálico, por ser portador

²²BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n° 29, de 2015*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n°54*. Disponível em: <file:///C:/Users/Artur/Downloads/texto_136389880.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2019.

de doença congênita letal, não possui qualquer viabilidade de vida extrauterina. Dessa maneira, o bem jurídico tutelado no crime de aborto, nesta hipótese, não existe, de modo que a interrupção voluntária da gestação de feto anencefálico deve ser considerada atípica.²⁴

O *habeas corpus* n°124.306/RJ, a seu turno, foi impetrado em face de decisão da sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, originalmente, não conheceu de outro *habeas corpus*. Este, por sua vez, impugnava decisão do Tribunal de Justiça que mantinha decisão de prisão preventiva decretada em face de pacientes que haviam sido denunciados pela prática do crime de aborto previsto no art. 126 do Código Penal.²⁵

Tal *habeas corpus* foi julgado pela primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Não obstante, após pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso, foi este designado para a redação do acórdão.²⁶

O ponto nevrálgico do citado julgado consiste no fato de que a ordem foi concedida não apenas por considerarem os Ministros estarem ausentes os requisitos da prisão preventiva, mas, igualmente, por considerarem, incidentalmente, que a criminalização da prática voluntária de aborto durante os três primeiros meses de gestação se afigura inconstitucional.²⁷

Para tanto, arguiu o Ministro Barroso, em seu voto, inicialmente, que, para ser compatível com a Constituição, a criminalização de determinada conduta deve tutelar bem jurídico relevante, a conduta incriminada não deve configurar o exercício legítimo de direito fundamental e, ademais, deve haver proporcionalidade entre a ação praticada e a resposta estatal.²⁸

Dessa maneira, prossegue o Ministro em seu voto afirmando que a vida intrauterina configura, inequivocamente, bem jurídico relevante, que deve ser objeto de tutela estatal. Não obstante, aduz que a criminalização da prática de aborto voluntário pela gestante viola diversos direitos fundamentais da mulher.²⁹

Acrescenta o Ministro, ainda, que tal criminalização viola, primeiramente, a autonomia da mulher, corolário da dignidade humana, uma vez que um dos aspectos centrais da autonomia consiste no poder de controlar o próprio corpo, o que inclui, evidentemente, a

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n°124.306/RJ*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.



cessação da gravidez. Viola, ademais, a integridade física e psíquica da mulher: aquela, porque é o corpo da mulher que sofrerá todas as consequências da gestação; e esta, em razão da assunção de obrigação que perdurará pelo restante de sua vida, exigindo profundo comprometimento e cuidado em prol de outro ser. Há violação, além disso, dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem, evidentemente, o planejamento familiar e a escolha de ter ou não filhos, bem como o momento em que se deseja tê-los, além da igualdade de gênero, considerando que, suportando a mulher o ônus integral da gravidez, somente haverá igualdade quando se permitir que a mulher possa decidir se deseja prosseguir com a gravidez ou não. Aduz o Ministro, por fim, que a citada criminalização produz discriminação social, uma vez que prejudica, desproporcionalmente, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares de qualidade para realizar o procedimento abortivo.³⁰

No que se refere à análise da proporcionalidade da criminalização ora em análise, afirma o Ministro que, para que a criminalização seja proporcional e, conseqüentemente, constitucional, há que passar pelo crivo dos três subprincípios da proporcionalidade. Dessa maneira, a criminalização da prática voluntária de aborto só será proporcional se: for adequada à tutela do direito à vida intrauterina (adequação); não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo aos direitos fundamentais das mulheres (necessidade); e a criminalização se justificar mesmo após análise de seu custo-benefício (proporcionalidade em sentido estrito).³¹

Dessa maneira, afirma o Ministro Barroso que a criminalização da prática de aborto não se revela adequada para reduzir a incidência de tal conduta, uma vez que as taxas de aborto nos países em que tal procedimento é permitido são muito similares às taxas dos locais em que tal conduta é criminalizada. Não é atendido, ademais, o subprincípio da necessidade, considerando que há outros instrumentos tão ou mais eficazes para a redução da prática de abortamentos do que a criminalização e que, simultaneamente, são menos lesivos aos direitos das mulheres, tais como a exigência de um período de reflexão antes da realização do procedimento e a distribuição gratuita de anticoncepcionais, aliada a ampla educação sexual. E, por fim, no que se refere à proporcionalidade em sentido estrito, tal requisito também não é atendido, ao menos, até o fim do terceiro mês de gestação. Isso porque, segundo o Ministro, o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação, sendo o grau de proteção constitucional ao feto ampliado na

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina. Sendo assim, tendo em vista que, até o terceiro mês de gestação, o córtex cerebral ainda não foi formado, inexistindo, nesse período, qualquer potencialidade de vida fora do útero materno, não estaria atendido o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito no que se refere à possibilidade de criminalização da prática voluntária de aborto.³²

Sendo assim, conclui o Ministro, em seu voto, que é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir de seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre de gestação.³³

Cumprido ressaltar que, durante a sessão de julgamento, estavam presentes, além do Ministro Luís Roberto Barroso, os Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin. Note-se, ainda, que o Ministro Fachin acompanhou expressamente os argumentos do Ministro Barroso, tendo feito tal fato constar expressamente no acórdão, assim como Rosa Weber, a qual acrescentou, na minuta do acórdão, seu próprio voto, no qual expõe argumentos muito similares aos levantados pelo Ministro Barroso.

É evidente que este julgado não se compara, de modo algum, à ADPF nº54, em termos de força jurisprudencial vinculante, por diversos motivos. Primeiramente, porque a citada ADPF foi julgada pelo plenário, enquanto o *habeas corpus* ora analisado foi julgado apenas por uma Turma. Ademais, a ADPF, por sua própria natureza, consiste em ação de controle de constitucionalidade concentrado e que produz efeitos *erga omnes*, vinculando todo o Poder Judiciário, assim como o Poder Executivo.³⁴ O controle de constitucionalidade realizado no *habeas corpus* aqui analisado, por sua vez, se deu em caráter difuso e incidental, com eficácia *inter partes* e não vinculante.

Nada obstante, é inegável que tanto o julgado do *habeas corpus* nº124.306/RJ quanto o da ADPF nº54 representam uma tendência jurisprudencial da Corte Superior pátria no sentido de, por meio de controle de constitucionalidade, descriminalizar o aborto.

Há que se destacar, ainda, que os argumentos de mérito que constam no *habeas corpus* aqui analisado são absolutamente pertinentes, indo ao encontro, em grande parte, dos argumentos já analisados no primeiro capítulo desta obra. Entretanto, tendo em vista o cenário sócio-político atual de judicialização da política, em que, diversas vezes, o princípio da

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 16 ed. São Paulo: Método, 2017, p. 852.



Separação dos Poderes acaba sendo violado pelo Poder Judiciário, há que se questionar se poderia o Supremo Tribunal Federal, em flagrante contrariedade aos desejos do Poder Legislativo, descriminalizar a prática voluntária de aborto por meio de interpretação conforme a Constituição dos artigos 124 e 126 do Código Penal.

3. POSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO CRIME DE ABORTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES?

A formação de um Estado Democrático de Direito exige a observância de dois grandes parâmetros, simultaneamente. De um lado, para haver um Estado de Direito, impõe-se a observância de algum tipo de ordem legal, que seja observada tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares.³⁵ De outro lado, para que um Estado se caracterize como democrático, exige-se, no âmbito formal, a submissão a um governo da maioria que, entretanto, respeite os direitos individuais.³⁶ Já no âmbito material, exige-se que, a despeito de seguir as regras da maioria, o governo seja para todos, de modo a respeitar os direitos de todos os grupos de menor expressão política e propiciar a promoção de direitos fundamentais de cunho social, necessários ao estabelecimento de um patamar mínimo de igualdade material.³⁷

Nesse contexto, é possível identificar duas funções clássicas do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito: a aplicação imparcial da lei, de modo a garantir a igualdade jurídica; e o zelo pelo respeito aos direitos fundamentais listados na Constituição, o que é feito, principalmente, por meio de controle de constitucionalidade das leis editadas pelo Poder Legislativo.³⁸

Não obstante, com a transição de um Estado Liberal para um Estado de Bem Estar Social, passou-se a defender uma expansão das funções do Judiciário em um Estado Democrático de Direito, que não mais se limitariam às listadas acima. Nesse sentido, Fachin identifica cinco principais funções do Poder Judiciário na atualidade, quais sejam: (i) aplicar a

³⁵ 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.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, p. 63-64.

³⁸ ARANTES, Rogério Bastos; KERCHE, Fábio. *Judiciário e Democracia no Brasil*. Disponível em: <http://rubi.casaruiarbosa.gov.br/bitstream/20.500.11997/1301/1/Arantes%2C%20Rog%3%A9rio%20Bastos%20e%20Kerche%2C%20F%3%A1bio_Judici%3%A1rio%20e%20democracia%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

lei aos casos concretos das lides levadas ao Judiciário; (ii) controlar os demais Poderes; (iii) realizar seu autogoverno; (iv) concretizar os direitos fundamentais; e (v) garantir o funcionamento do Estado Democrático de Direito.³⁹

Nesse sentido, a função do Judiciário de concretizar os direitos fundamentais iria além de sua função clássica de assegurar os direitos fundamentais previstos na Constituição, limitando-se a declarar normas inconstitucionais. Ao revés, deveria o Judiciário, nesse contexto, atuar de forma ativa, de modo a suprir omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, determinando, em diversas situações, uma atuação positiva do Estado na temática das políticas públicas, tais como fornecimento de medicamentos, construção de hospitais e escolas, dentre outras questões.⁴⁰

Essa nova função do Judiciário não é isenta de críticas. Nesse sentido, diversos autores, tais como Ávila e Wierrzchowski, defendem que tal atuação do Judiciário implicaria flagrante violação ao princípio da Separação dos Poderes, além de se mostrar antidemocrática. Isso porque, ao determinar a alocação de recursos públicos sem prévia dotação orçamentária, o Judiciário acabaria privilegiando determinadas pessoas em detrimento de outras que, por não procurarem o Judiciário, se veriam desprovidas daquela prestação específica. Ademais, toda a população ver-se-ia, indiretamente, prejudicada, uma vez que a aplicação de recursos financeiros em determinada área por força de decisão judicial implicaria, necessariamente, a ausência de aplicação de tais recursos em políticas públicas previamente definidas pelos Poderes Executivo e Legislativo.⁴¹

Observe-se, contudo, que tal celeuma, ainda que de extrema relevância para fins de delimitação da atuação do Judiciário na sociedade contemporânea, não se relaciona, ao menos diretamente, à problemática do presente artigo. Isso porque, na hipótese de declaração, pelo Judiciário, de inconstitucionalidade do crime de aborto, estaria o Judiciário restrito à sua clássica função de defesa dos direitos fundamentais no sentido negativo, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada norma que viole preceitos constitucionais.

É evidente que, ao exercer tal função, não pode o Poder Judiciário declarar normas inconstitucionais meramente em razão de seu desagradado com tais regras, tendo em vista que

³⁹ FACHIN, Zulmar. *Função do Poder Judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira e WIERZCHOWSKI, Mariana Ruschel. “Fair Play” na efetivação dos direitos sociais; *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em direito da PUC/RS – Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 7, n°23, p. 195, abr./jun. 2013.

as leis, uma vez que emanadas pelos representantes do povo, se presumem constitucionais.⁴²

Não obstante, uma vez verificado que determinada norma efetivamente viola direitos fundamentais, é dever do Judiciário declarar sua inconstitucionalidade e excluí-la do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, conforme já analisado nos capítulos anteriores, verifica-se que a criminalização da prática voluntário de aborto atende a tais pressupostos, uma vez que implica violação à autonomia da mulher, à sua integridade física e psíquica, aos seus direitos sexuais e reprodutivos, ao seu direito à saúde e, por fim, violação à igualdade de gênero. Todos esses direitos, como já visto, classificam-se como direitos fundamentais tutelados pela Constituição. Desse modo, perfeitamente possível, e até recomendável, a declaração de inconstitucionalidade do crime de aborto voluntário pela gestante pelo Supremo Tribunal Federal, ao menos, ao longo do primeiro trimestre de gestação.

Frise-se, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade de tal crime não seria inédita quando se analisa o direito comparado. A título de exemplo, tem-se que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em histórica decisão proferida em 1973, entendeu que o direito à privacidade incluiria o direito da mulher de prosseguir ou não com sua gestação.⁴³ Naquela ocasião, a Suprema Corte estadunidense definiu os parâmetros que os Estados deveriam necessariamente seguir ao legislarem sobre aborto: no primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser de livre escolha da gestante; no segundo trimestre, sua prática continuaria sendo permitida, mas o Estado poderia regulamentá-la visando exclusivamente à proteção da saúde da gestante; por fim, somente a partir do terceiro trimestre, período a partir do qual haveria viabilidade extrauterina do feto, poderia os Estados criminalizar a prática de aborto.⁴⁴

Posteriormente, em 1992, os parâmetros estabelecidos pela Suprema Corte estadunidense foram ligeiramente ajustados, a fim de permitir a criminalização do aborto antes do terceiro trimestre. Mas, ainda assim, tal criminalização só foi permitida em casos em que se demonstrasse a viabilidade da vida extrauterina antes desse período.⁴⁵

Outro exemplo no direito comparado ocorreu no Canadá, em que, em 1988, a Suprema Corte canadense reconheceu que as mulheres possuem o direito fundamental à realização do

⁴² BARROSO, op. cit., p. 324.

⁴³ SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43619/44696>>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

aborto. Considerou-se, para isso, que criminalizar tal conduta configuraria profunda interferência no corpo da mulher e, com isso, uma violação à sua segurança pessoal e saúde, além de imposição arbitrária de forte abalo emocional.⁴⁶

Ressalte-se que ambos os países acima citados, além de desenvolvidos, possuem forte tradição democrática, de modo que não se vislumbra qualquer ataque à democracia caso decisão de idêntico teor viesse a ser adotada no Brasil.

É evidente que a solução ideal para tal problemática seria a descriminalização da prática de aborto pela via tradicional, ou seja, pela edição de lei pelo Poder Legislativo nesse sentido. Nessa hipótese, estariam atendidos, a um só tempo, a observância dos direitos fundamentais da mulher e o princípio majoritário que rege, em regra, as democracias. Não obstante, ante a inexistência de qualquer indício de que o Poder Legislativo vá promover a *abolitio criminis* de tal delito, cumpre ao Judiciário atuar em sua função de protetor dos direitos fundamentais e promover tal descriminalização.

Para tanto, sugere-se a adoção dos parâmetros estabelecidos pelo HC nº124.306/RJ⁴⁷, analisados no capítulo anterior. Com isso, assegurar-se-á, a um só tempo, a tutela dos direitos da mulher e, também, dos direitos do nascituro em períodos gestacionais mais avançados, que se aproximarem de uma viabilidade de vida extrauterina.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo problematizar a criminalização da prática de aborto no ordenamento jurídico brasileiro. De um lado, verifica-se que tal conduta é criminalizada há várias décadas, não havendo qualquer indício de que o Poder Legislativo vá editar lei legalizando tal prática, ao menos, em um futuro próximo; de outro lado, forte setor na sociedade – ainda que minoritário – pugna pela urgente descriminalização do aborto, em prestígio à autonomia da mulher em relação ao próprio corpo.

Nesse sentido, a presente obra analisou que, muito embora o bem jurídico tutelado pelo crime de aborto seja a vida humana em desenvolvimento, intrauterina, não há qualquer indício que demonstre a eficácia da legislação no alcance de tal objetivo.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 25.



Por outro lado, averiguou-se que a criminalização do aborto atenta gravemente contra direitos fundamentais da mulher, alguns deles previstos, inclusive, em tratados internacionais aos quais o Brasil aderiu. Pode-se citar, nesta seara, a violação à autonomia reprodutiva da mulher, ao seu direito à saúde, e até mesmo ao direito à vida, considerando que há, até hoje, relatos de mortes de mulheres em decorrência da prática clandestina de aborto inseguro.

Buscou-se analisar, também, a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Chegou-se à conclusão de que, nos últimos anos, a Suprema Corte brasileira vem apresentando uma tendência no sentido de descriminalizar a prática do aborto, embora a questão ainda esteja longe de alcançar uma solução definitiva.

Dessa forma, foi feito um estudo sobre duas decisões paradigmas sobre a matéria. A primeira delas ocorreu na ADPF nº 54, em que o STF reconheceu, em decisão com efeitos *erga omnes*, a atipicidade do crime de aborto na hipótese de fetos anencéfalos. A segunda decisão ocorreu nos autos do HC nº 124.306/RJ, em que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, entendeu, incidentalmente, pela inconstitucionalidade da criminalização da prática voluntária de aborto até o fim do primeiro trimestre de gestação.

Neste último julgado, chegou-se à conclusão de que a criminalização do aborto violaria a autonomia, integridade física e psíquica e direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Dessa maneira, a criminalização de tal prática implicaria flagrante violação ao princípio da proporcionalidade, em seus três subprincípios, o que induziria a um inevitável reconhecimento de inconstitucionalidade de tal tipo penal, ao menos, nos primeiros três meses de gestação.

Por fim, buscou-se averiguar se a criminalização do aborto feita pelo Judiciário – o que parece ser a tendência do Supremo Tribunal Federal – e não pelo Legislativo, seria viável em um Estado Democrático de Direito, tendo em vista o princípio da Separação de Poderes.

Dessa maneira, analisou-se que há diversas matérias nas quais parte da doutrina sustenta haver um ativismo judicial indevido, que acaba por violar o princípio da Separação dos Poderes, especialmente no que se refere a decisões que interferem nas políticas públicas do Executivo. Decisões dessa espécie, em regra, acabam fazendo com que o Poder Público despenda gastos não previstos inicialmente nas leis orçamentárias.

Por outro lado, verificou-se que eventual descriminalização do aborto realizada pelo Judiciário, por meio de declaração de inconstitucionalidade desse tipo penal, enquadrar-se-ia

na função clássica contramajoritária do Poder Judiciário de proteção dos direitos fundamentais. Dessa maneira, não há falar, na hipótese ora em análise, em violação à Separação de Poderes. Cabe ressaltar, ademais, que, no direito comparado, há precedentes de declaração de inconstitucionalidade de tal delito pelo Poder Judiciário em outros países desenvolvidos de tradição inegavelmente democrática, tais como Estados Unidos da América e Canadá.

Dessa maneira, impõe-se, com urgência, a declaração de inconstitucionalidade – desta vez com efeitos *erga omnes* – pelo Judiciário brasileiro da prática de aborto voluntário pela gestante. Caso contrário, persistirão violações sistemáticas de direitos fundamentais da mulher pelo Estado, o que não se pode admitir no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos; KERCHÉ, Fábio. *Judiciário e Democracia no Brasil*. Disponível em: <http://rubi.casaruibarbosa.gov.br/bitstream/20.500.11997/1301/1/Arantes%20C%20Rog%20Bastos%20e%20Kerche%20F%20A1bio_Judici%20e%20democracia%20no%20Brasil.pdf> . Acesso em: 17 set. 2019.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira e WIERZCHOWSKI, Mariana Ruschel. “Fair Play” na efetivação dos direitos sociais; *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em direito da PUC/RS – Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 7, nº23, p. 195, abr./jun. 2013.

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

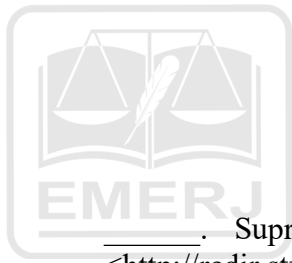
BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. *Ministério da Saúde*. Assistência em planejamento familiar: manual técnico. 4. ed. Brasília, 2002, p. 13. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0102assistencia1.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. *Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2015*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº54*. Disponível em: <file:///C:/Users/Artur/Downloads/texto_136389880.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2019.



Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n°124.306/RJ*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. *Pesquisa Nacional de Aborto 2016*, p. 655. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 19.

FACHIN, Zulmar. *Função do Poder Judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://anima-opet.com.br/pdf/animal/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

FRANCO, Luiza; PASSARINHO, Nathalia. *Com 55% de gestações não planejadas, Brasil falha na oferta de contracepção eficaz*. BBC News Brasil, 26 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44549368>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

GALLI, Beatriz; ROCHA, Helena. *Direito Humano à saúde sexual e reprodutiva*. Direitos sexuais e reprodutivos, autonomia reprodutiva, política e (des)respeito ao princípio da laicidade, p. 6. Disponível em: <http://www.meel.org.br/wp-content/uploads/2014/08/artigo_dsr_politica_principio_laicidade.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. *Quando a vida começa?* Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante/>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

ONU.BR. *OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>> Acesso em: 24 abr. 2019.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 16 ed. São Paulo: Método, 2017.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial – arts. 121 a 249*. 11. ed. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e Constituição*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43619/44696>>. Acesso em: 17 set. 2019.

SCHEFFER, Bruno. *O que é nidacão? Entenda tudo a respeito*. Disponível em: <<https://www.ibrra.com.br/o-que-e-nidacao-entenda-tudo-respeito/>>. Acesso em: 24 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